

UiO • **Det juridiske fakultet**

Foretaksbegrepet i TEUF artikkel 101

Kandidatnummer: 696

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17966



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av emnet og problemstilling	1
1.2	Rettskilder og den videre fremstillingen.....	2
2	PRESENTASJON AV FORETAKSBEGREPET – RELEVANS OG INNHOLD .	4
2.1	Innledning	4
2.2	Foretaksbegrepets konkurranserettslige relevans	4
2.3	Særlig om forbudet mot konkurransebegrensende avtaler	5
2.4	Forståelsen av ”foretak” i EU-konkurranseretten	7
2.4.1	Innledning.....	7
2.4.2	Utgangspunktet for innholdet i foretaksbegrepet	8
3	KRAVET OM ØKONOMISK VIRKSOMHET	11
3.1	Innledning	11
3.2	Betydningen av rettslig status	11
3.3	Finansieringsform	14
3.4	Økonomisk aktivitet.....	14
3.4.1	Utgangspunktet.....	14
3.4.2	Tilbud av varer og tjenester	15
3.4.3	Finansiell risiko	19
3.4.4	Potensiale for profitt	20
3.5	Grensen mot ikke-økonomisk aktivitet.....	22
3.5.1	Innledning.....	22
3.5.2	Utøvelse av offentlig myndighet	22
3.5.3	Aktiviteter med sosial karakter	26
3.5.4	Arbeidstakere.....	28
3.6	Foretakskonseptet relative aspektet	30

3.7	Avslutning.....	32
4	KONSEPTET ØKONOMISK ENHET	34
4.1	Innledning	34
4.2	Identifiseringen av en økonomisk enhet	35
4.2.1	Utgangspunktene	35
4.2.2	Kontroll – mulighet for ”avgjørende innflytelse”.....	38
4.2.3	Utøvelse av ”avgjørende innflytelse”	45
4.2.4	Særlig om kommisjon- og arbeidstakerforhold	51
4.2.5	Sammendrag	53
4.3	Utviklingen av foretaksbegrepet gjennom doktrinen om samme økonomiske enhet .	54
4.3.1	Innledning.....	54
4.3.2	Rekkevidden til artikkel 101.....	55
4.3.3	Morselskapers bøteansvar.....	58
4.3.4	Oppsummerende bemerkninger.....	61
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	64
6	LITTERATURLISTE	65

1 Innledning

1.1 Presentasjon av emnet og problemstilling

Temaet for denne fremstillingen er foretaksbegrepet i artikkel 101 i Traktaten om den Europeiske Unions Funksjonsområde¹(heretter TEUF). Denne bestemmelsen angir forbudet mot konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, og utgjør en fundamental del av konkurranseretten i EU.² Innholdet i begrepet ”foretak”³ er et sentralt element av artikkel 101, ved at det definerer subjektene som reglene henvender seg til, i tillegg til å angi bestemmelsens nedslagsfelt.

Et sentralt formål med konkurransereglene i EU, er å sikre at konkurransen på det indre markedet ikke vris.⁴ Den materielle konkurranseretten sorteres gjerne inn i tre deler⁵, og hver del relaterer seg til forskjellige former for hindringer mot en effektivisering av markedet. Disse er henholdsvis forbudet mot konkurransebegrensende avtaler, forbudet mot misbruk av markedsdominans og fusjonskontroll-reglene. Disse tre rettslige regimeene retter seg direkte mot markedsaktørene, og betegner dem som ”foretak”. Det er i stor grad mellom disse subjektene at konkurransen faktisk manifesterer seg, og fastsettelsen av reglenes anvendelsesområde beror på innholdet i dette begrepet.

Hovedproblemstillingen i denne fremstillingen er innholdet og betydningen av et ”foretak” i relasjon til artikkel 101 TEUF. Hva som menes med et ”foretak” følger ikke direkte av

¹ Traktaten om den Europeiske Unions funksjonsområde, Den Europæiske Unions Tidende (EUT) C-326/1

² Tilsvarende forbud finnes også i EØS-avtalen artikkel 53 og LOV-2004-05-03 nr.14, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) §10

³ ”Foretak” er den norske terminologien som anvendes i konkurranseloven og EØS-avtalen. Denne tilsvarer begrepet ”virksomhed” i TEUF artikkel 101, som tidligere var artikkel 81 i Traktaten om opprettelsen av Det europeiske fellesskap

⁴ Artikkel 3(3) i Traktaten om den Europeiske Union, EUT C-326/1

⁵ Et fjerde område er statsstøttereglene, men disse retter seg direkte mot medlemsstatene, og faller derfor i utgangspunktet utenfor avgrensningen i denne fremstillingen.

artikkel 101 eller øvrig i TEUF. EU-domstolen har derimot definert begrepet i generell konkurranserettslig kontekst, som ”enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhet”.⁶ Denne definisjonen danner utgangspunktet for foretaksbegrepets videre innhold og rekkevidde.

Etter dette kan det oppstilles to underproblemstillinger. Første underproblemstilling er hva som ligger i ”økonomisk virksomhet”. Dette vil gjenspeiles i konkret markedsatferd, og beror på en vurdering av om aktivitetene som utøves er økonomiske, samt spørsmålet om grensedragningen mot det ikke-økonomiske. Den andre underproblemstilling er fastsettelsen av hva som utgjør rammene for en ”enhet”, som utøver økonomisk virksomhet.

1.2 Rettskilder og den videre fremstillingen

Det rettslige utgangspunktet for innholdet og rekkevidden av foretaksbegrepet er artikkel 101 TEUF, men den videre analysen baserer seg først og fremst på rettspraksis fra EU-domstolen og Retten⁷. Dette vil være den primære rettskildefaktoren med hensyn til den videre fremstillingen nedenfor. I tillegg vil vedtak fra EU-kommisjonen også kunne gi eksempler og uttrykk for Kommisjonens syn. Kommisjonens praksis vil også være interessant i de tilfeller hvor EU-domstolen ikke har tatt noe standpunkt, slik at rettstilstanden kan være uklar.⁸ Videre har Kommisjonen publisert flere offentlige retningslinjer og meddelelser i relasjon til konkurransereglene, som gir uttrykk for Kommisjonens synspunkter. Disse har ikke noen selvstendig rettskildeverdi, men kan underbygge begrunnelsen for utfallet i enkelte saker.

⁶ Sak C-41/90, *Höfner og Elser mot Macrotron GmbH*, Sml. 1991 I-1979, premiss 21

⁷ Tidligere, Retten i Første Instans

⁸ EØS-rett (2011), side 54-57

Avgjørelser fra både EU-domstolen og Kommisjonen publiseres i alle de offisielle språkene i EU. I denne fremstillingen vil det hovedsakelig refereres til de danske versjonene, sekundært til de engelske i tilfeller hvor den danske versjonen ikke foreligger.

Juridisk teori har ingen selvstendig verdi med hensyn til de juridiske standpunktene ved foretaksbegrepet. I noen tilfeller vil denne kilden likevel kunne presentere tolkningsalternativer med gode grunner for seg, gjerne ut fra foreliggende rettspraksis eller øvrig EU-rett.

Fremstillingen videre består av tre deler. Kapittel 2 vil presentere foretaksbegrepet ved å angi begrepets kontekst og betydning. I kapittel 3 følger drøftelsen og analysen av kravet til økonomisk virksomhet, som utgjør kjernen i foretaksbegrepet. Kapittel 4 omhandler konseptet økonomisk enhet, og betydningen av dette for utviklingen av foretaksbegrepet i EU-domstolens praksis.

2 Presentasjon av foretaksbegrepet – relevans og innhold

2.1 Innledning

I det følgende kapittelet vil det kort bli redegjort for foretaksbegrepets relevans, både generelt innen konkurranseretten, og spesielt for artikkel 101. Problemstillingen her er å klargjøre hvorfor det er nødvendig å drøfte begrepet. Deretter vil det rettslige utgangspunktet for den videre analysen av foretaksbegrepet bli behandlet. Dette er for å etablere grunnlaget for spørsmålet om hva som er et ”foretak”. Samlet vil foretaksbegrepets relevans og utgangspunkt danne premissene for den nærmere analysen av begrepets innhold og grenser.

2.2 Foretaksbegrepets konkurranserettslige relevans

Foretaksbegrepet er sentralt med hensyn til konkurranseretten generelt, ved at det går igjen som det rettslige subjektet reglene henvender seg til. Altså vil innholdet i begrepet definere anvendelsesområde til de forskjellige reglene. Problemstillingen blir da om begrepet skal tolkes isolert i kontekst til de enkelte bestemmelsene, eller om forståelsen av et ”foretak” er generell innenfor konkurranseretten.

Konkurranseretten inneholder, som nevnt, tre materiellrettslige regimer som retter seg mot foretak. Det første er forbudet mot konkurransebegrensende avtaler, som følger av TEUF 101. Det andre er forbudet mot misbruk av dominerende stilling i markedet. Dette er forankret i TEUF 102.⁹ Det siste regimet er strukturkontroll ved foretakssammenslutninger og virksomhetsoverdragelser, som er regulert i EUs fusjonsforordning.¹⁰ I tillegg til disse regimene forekommer foretaksbegrepet også i artikkel 106, som retter seg direkte mot medlemslandene, og i statsstøtteregele i artikkel 107 og 108. Spørsmålet blir da om foretaksbegrepet er det samme innad i den konkurranserettslige delen av traktaten, det vil si traktatens avsnitt VII, kapittel 1.

⁹ Tilsvarende i EØS-avtalen §54 og konkurranseloven §11

¹⁰ Rådets Forordning(EF) nr. 139/2004, EUT L24/1

Til tross for at reglene har forskjellige funksjoner og utgangspunkter, er det få argumenter for at begrepet bør nyanseres. EU-domstolen ser heller ikke ut til å differensiere mellom de ulike utgangspunktene i sin praksis. Tvert imot kryssreferer domstolen veldig ofte mellom tolkningspraksis relatert til de forskjellige bestemmelsene, i fortolkningen av begrepet. Dette tyder på at domstolen ikke varier i tolkningen av begrepets innhold under ulike forhold. Dommen *Cassa di Risparmio di Firenze*¹¹ relaterte seg for eksempel til artikkel 107, men domstolen tok utgangspunkt i en alminnelig konkurranserettslig definisjon ved vurderingen av om sakens subjekt, et bankfond, var et foretak. Videre i rettspraksis har det også blitt direkte uttalt at det verken er noen juridiske eller økonomiske begrunnelser for at foretaksbegrepet skal ha et annet innhold i artikkel 101 enn i artikkel 102.¹² Dette tyder på at tolkningen stort sett er den samme, i relasjon til bestemmelsene.

2.3 Særlig om forbudet mot konkurransebegrensende avtaler

Det såkalte kartellforbudet, i artikkel 101(1), gjelder samarbeid mellom to eller flere foretak. Det angir at avtaler mellom foretak, beslutninger av sammenslutninger av foretak og eller andre former for samordnet praksis ”som har til formål eller til følge at hindre, begrense eller fordreie konkurransen”¹³ på det indre markedet, er forbudt. Ved at forbudet rammer både individuelle foretak og sammenslutninger av foretak, vil ikke foretakssubjektene kunne unngå forbudet ved å handle gjennom forskjellige typer for kollektive strukturer og fellesorganisasjoner.¹⁴ Etter bestemmelsens andre ledd vil konkurransebegrensende avtalene ikke ha rettsvirkning, altså anses de som ugyldige. Artikkel 101(3) angir et unntak fra forbudet, for avtaler med positive virkninger som oppveier for den negative konkurran-

¹¹ Sak C-222/04, *Ministero dell'Economica e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze*, Sml. 2006 I-289, premiss 111-113

¹² Sak T-68/89, *Società Italiano Vetro SpA mot Kommisjonen*, Sml. 1992 II-1403, premiss 358

¹³ TEUF artikkel 101(1)

¹⁴ Sak C-309/99, *J.C.J. Wouters m.fl. mot Algemene Raad van de Nederlandske Orde van Advocaten*, Sml. 2002 I-1577, generaladvokat Légers forslag til dom, premiss 62

sebegrensningen, og slik anses gunstige for markedet. De fire kumulative vilkårene som stilles for unntaket. For det første må samarbeidet ha visse påviselige effektivitetsgevinster. For det andre må disse effektivitetsgevinstene i rimelig grad komme forbrukerne til gode. For det tredje må samarbeidet være nødvendig for oppnåelsen av effektivitetsgevinstene. Og for det fjerde må ikke samarbeidet lede til vesentlig mindre konkurranse på det bestemte markedet.

Det særegne ved atferden som omtales i artikkel 101, er at den er et resultat av samarbeid mellom flere foretak. Kravet til involvering av mer enn ett foretak utgjør kjernen i spørsmålet om forbudets anvendelsesområde. Skillet mellom flere selvstendige foretak, og foretak som inngår i samme økonomiske enhet¹⁵ vil derfor være avgjørende med tanke på om forbudet i det hele tatt gjelder et bestemt forhold. Det er derfor nødvendig å definere ”et foretak”, for å kunne fastslå både det saklige og personelle anvendelsesområdet til artikkel 101. Førstnevnte henviser til spørsmålet om hva som ligger i ”økonomisk virksomhet”, og sistnevnte avgjøres ved kvalifiseringen av en ”enhet”.

Dersom en avtale med konkurransebegrensende elementer inngås mellom for eksempel et morselskap og et datterselskap, som er del av samme økonomiske enhet, vil ikke denne avtalen kunne underlegges vurdering etter forbudet i artikkel 101(1).¹⁶ Derimot vil en slik avtale kunne dekkes av forbudet i artikkel 102, dersom den resulterer i konkurransebegrensende markedsatferd, og den økonomiske enheten besitter en dominerende stilling på markedet. Videre vil et foretak, i noen tilfeller, kunne ilegges ansvar for et annet foretaks atferd, som et resultat at disse regnes som samme ”enhet”.¹⁷ Disse aspektene medfører at foretaksbegrepet har stor betydning, både for Kommisjonen og potensielle foretakssubjekter.

¹⁵ Se kapittel 4 nedenfor

¹⁶ Se eksempelvis sak 48/69, *Imperial Chemical Industries mot Kommisjonen*, Sml 1972 I-619, premiss 132-135

¹⁷ Se kapittel 4 nedenfor

En klar effekt ved enhetskonseptet i artikkel 101, er at selskaper får et defensivt virkemiddel, ved at flere subjekter kan anføre at de er del av samme økonomiske enhet og slik unngå å bli kjent skyldig i overtredelse av kartellforbudet. Dette var for eksempel tilfellet i *Viho*¹⁸, hvor Viho hadde klaget selskapet Parker Pen Ltd. inn for Kommisjonen for den konkurransebegrensende effekten som var resultat av samarbeidet mellom Parker Pen og dets datterselskaper i Tyskland, Belgia, Nederland, Spania og Frankrike. Domstolen kom til at atferden ikke var dekket av artikkel 101 fordi selskapene var del av den samme økonomiske enhet.¹⁹

Motsetningsvis gir denne siden av foretaksbegrepet en mulighet for Kommisjonen til å pålegge ansvar for ulovlig markedsatferd til et subjekt, på bakgrunn av dets forbindelser til det overtredende subjektet. Eksempelvis i *Akzo*²⁰, hvor Akzo-konsernet anket Kommisjonens bøteleggelse av konsernet i sin helhet for tre av datterselskapenes deltakelse i omfattende kartellvirksomhet.

2.4 Forståelsen av "foretak" i EU-konkurranseretten

2.4.1 Innledning

Som nevnt ovenfor, går foretaksbegrepet igjen i flere av de konkurranserettslige bestemmelsene i TEUF. Traktaten angir ingen definisjon av foretaksbegrepet, og gir heller ingen veiledning med hensyn til hvilke subjekter som faller innenfor rammene av begrepet. Det presiserte innholdet i begrepet har i stedet vært gjenstand for EU-domstolens praksis. Rettspraksis er derfor den vesentligste kilden i analysen av foretaksbegrepet.

¹⁸ Sak C-73/95, *Viho Europe BV mot Kommisjonen*, Sml. 1996 I-5457

¹⁹ Sak C-73/95, *Viho*, premiss 15-16

²⁰ Sak T-112/05, *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2007 II-5049, videre anket til EU-domstolen i sak C-97/08P, *Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2009 I-8237

2.4.2 Utgangspunktet for innholdet i foretaksbegrepet

TEUF inneholder ingen definisjon av begrepet ”foretak”²¹. Flere argumenter taler for at dette antakelig er et bevisst valg. For det første anvendes begrepet på ulike rettsområder og i forskjellige situasjoner innad i traktaten, noe som kan nødvendiggjøre en varierende fortolkning av innholdet i begrepet.²² En bestemt definisjon ville gitt begrepet en sterkt kasuistisk karakter og medført en tungvint praktisk tilnærming. For det andre har begrepet ”foretak” blitt definert i eldre EU-konvensjoner²³, noe traktatforfatterne høyst sannsynlig har vært bevisst på og som kan tyde på at det ikke var ønskelig med en legaldefinisjon ved utformingen av TEUF.

Artikkel 1 i protokoll 22 til EØS-avtalen angir derimot en definisjon av begrepet ved anvendelsen av artikkel 56 i EØS-avtalen. Denne definisjonen omfatter ”enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art”. Artikkel 56 er derimot en kompetanseregulering om forholdet mellom ESA og Kommisjonen i konkurransesaker, i motsetning til de materielle bestemmelsene som retter seg mot markedsatferd. Tolkningssammenheng tilsier likevel en relevans for forståelsen av begrepet slik det står i henholdsvis EØS-avtalen artikkel 53, og tilsvarende bestemmelse i TEUF artikkel 101. Denne betraktningen fremgår av *Dansk Rørindustri*²⁴, i tillegg til at den er forutsatt i teorien²⁵. I *LO mot KS*²⁶ la dessuten EFTA-domstolen denne definisjonen til grunn ved anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 53, som tilsvarende artikkel 101 i TEUF. Videre uttalte domstolen at definisjonen samsvarer med praksis fra EU-domstolen.²⁷ Dette tilsier i det minste at definisjonen gir uttrykk for hvordan EU-domstolens praksis blir tolket. Definisjonen i protokoll 22 angir klart at det avgjørende kriteriet ved tolkningen av

²¹ På dansk ”virksomheder”, på engelsk ”undertakings”

²² Se Buendia Sierra (1999), side 31

²³ Se artikkel 80 i EKSF-traktaten og artikkel 196 i Euratom-traktaten

²⁴ Sak C-189/02P, *Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2005 I-5425, premiss 107-114

²⁵ Kolstad/Ryssdal (2007), side 172-173

²⁶ Sak E-8/00, *Landsorganisasjonen i Norge mfl. mot Kommunenes sentralforbund mfl.*, EFTA Ct. Rep 2002

²⁷ Sak E-8/00, *LO mot KS*, avsnitt 62

begrepet er om det utøves handelsmessig eller økonomisk virksomhet, og at kvalitetene ved enheten som utøver virksomheten ikke er relevant.

Som følge av mangelen på en direkte traktatfestet definisjon har foretaksbegrepet i stedet vært gjenstand for utbrodering i praksis ved EU-domstolen. En grunnleggende dom er *Höfner*²⁸, hvor EU-domstolen presenterte en definisjon av begrepet. Denne har i ettertid etablert et utgangspunktet for senere saker.²⁹ Dommen uttaler at:

”inden for konkurranceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retslige status og dens finansieringsmåde”³⁰

Definisjonen uttrykker en funksjonell tilnærming til foretaksbegrepet. Dette innebærer at fokuset er rettet mot aktiviteten som utøves, og ikke andre forhold ved foretaket. Det relevante vurderingstemaet etter en slik tilnærming blir om en virksomhet er økonomisk innenfor lærens rammer. Dette utgangspunktet henviser til den faktiske markedsatferden, og ikke den utøvende enhetens formelle forhold. Anvendelsesområdet til artikkel 101 bestemmes altså ut fra saklige, i motsetning til personelle, vilkår. Konkurransereglene får dermed anvendelse på de en spesifikk form for virksomhet, og de subjektene som driver slik virksomhet vil regnes som foretak.

Definisjonen som EU-domstolen legger opp til tilskriver foretaksbegrepet to bestanddeler: kravet om økonomisk virksomhet og enhetskonseptet. Den konkrete kvalifikasjonen av et ”foretak” følger av innholdet i ”økonomisk virksomhet”, mens de ytre grensene for foretaksbegrepet bestemmes ut fra forståelsen av en ”enhet”. For å forstå betydningen av den

²⁸ Sak C-41/90, *Höfner*

²⁹ Se for eksempel forente saker C-159/91 og C-160/91, *Pocet mot AGF og Pistre mot Cancava*, Sml. 1993 I-637, premiss 17 og sak C-364/92, *SAT Fluggelschaft mbH mot Eurocontrol*, Sml. 1994 I-43, premiss 18

³⁰ Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21

konkurranserettslige statusen ”foretak”, må innholdet i disse konseptene klargjøres. Dette er tema for henholdsvis kapittel 3 og 4 nedenfor.

3 Kravet om økonomisk virksomhet

3.1 Innledning

En funksjonell tilnærming til innholdet i foretaksbegrepet, slik domstolen gir anvisning på i *Höfner*³¹, innebærer altså tre komponenter: at den rettslige statusen til subjektet ikke er avgjørende, at subjektet analyseres uavhengig av finansieringsform og at kjernen av begrepet er utøvelsen av økonomisk aktivitet.

I dette kapittelet er problemstillingen hva som utgjør innholdet i disse komponentene, med særlig vekt på det mest sentrale, nemlig økonomisk aktivitet. For å trekke analysen et steg lenger vil det også bli vurdert hvilke aktiviteter som ikke er økonomiske, for slik å kunne nærmere poengtere konseptets innhold. Avslutningsvis vil det fremheves at anleggelsen av en funksjonell tilnærming, hvor fokuset er på en enhets aktiviteter i stedet for dens formelle status, skaper et relativt aspekt ved foretaksbegrepet.

3.2 Betydningen av rettslig status

I drøftelsen om betydningen av rettslig status må det tas stilling til nettopp hva som ligger i ”rettslig status”. I det følgende vil dette bli konkretisert ved en eksemplifisering av forskjellige typer foretakssubjekter.

Rettslig status innebærer at et subjekt kvalifiserer som en bestemt type enhet i lovens forstand. For eksempel vil et subjekt som tilfredsstiller kravene i aksjeloven³² §1-1(2) ha den rettslige statusen, ”aksjeselskap”. Det følger klart av definisjonen fra *Höfner*³³ at subjektets rettslige status ikke er avgjørende i vurderingen av momenter som kvalifiserer som et foretak. Den funksjonelle tilnærmingen innebærer i dette henseende at både fysiske og juridiske

³¹ Sak C-41/90, *Höfner*

³² LOV-1997-06-12 nr. 44, Lov om aksjeselskaper

³³ Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21

personer kan være et foretak. Normalt knyttes økonomisk virksomhet til selskaper, men EU-domstolen har uttalt at forestillingen av et foretak ikke nødvendigvis er synonymt med konseptet juridisk personlighet.³⁴ Dette betyr, i konkurranserettslig perspektiv, at et foretak også i prinsippet kan være et individ, et partnerskap eller andre former for ikke-juridisk organisering.

Det nevnt, så kan et subjekts rettslige status være en indikasjon på om det er et foretak. Det sentrale vurderingstemaet er om subjektet driver økonomisk virksomhet og sånn sett kan utøve konkurransebegrensende atferd, og noen rettslige subjekter vil kjennetegnes nettopp ved denne karakteristikken.³⁵ Likevel er statusklassifiseringen isolert sett irrelevant. Til tross for at den rettslige statusen er uten betydning, er det nødvendig at et foretakssubjekt innehar evnen til ha rettigheter og forpliktelser, slik at reaksjoner på konkurransebegrensende atferd kan rettes mot et bestemt subjekt.³⁶ Artikkel 299 i TEUF angir et effektivitetskrav til EU-organenes rettsakter, ved at disse må kunne tvangsfullbyrdes. Denne regelen nødvendiggjør rettslig evne hos foretakssubjektet.

Enheter som er organisert etter de juridiske selskapsformene representerer det typiske foretak, da hensynet bak selskapsorganisering er å skape bedre muligheter for økonomisk virksomhet ved et incentiv om ansvarsbegrensning. Også ikke-selskapsrettslige samarbeidsstrukturer som landbrukskooperativer³⁷, forsikringskooperativer³⁸ og handelsorganisasjoner³⁹ har blitt ansett som foretak, på bakgrunn av at de har kvalifisert som utøver av økonomisk virksomhet.

³⁴ Sak C-189/02 P, *Dansk Rørindustri*, premiss 113

³⁵ Se for eksempel Lov 1985-06-21 nr 83: Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper §1-1(1)

³⁶ Sak C-97/08 P, *Akzo*, premiss 56-57

³⁷ Se sak 61/80, *Coöperative Stremsel-en Kleurselfabriek mot Kommisjonen*, Sml. 1981 I-851

³⁸ Se for eksempel Kommisjonens beslutning IV/D-1/30.373, *P&I Clubs*, EFT 1999 L 125/12, premiss 50-51

³⁹ Se for eksempel sak C-96/82, *IAZ mot Kommisjonen*, Sml. 1983 I-3369

Individer, i form av selvstendig næringsdrivende, og flere individer som samarbeider (for eksempel profesjonsutøvere som driver felles praksis, eller andre typer kompanjonger i partnerskap), vil være foretak i konkurranserettslig forstand hvor de driver økonomisk virksomhet.⁴⁰ I kommisjonens praksis har blant annet operasangere⁴¹, oppfinnere⁴² og selvstendige bønder og slaktere⁴³, blitt ansett som foretak. Individer som driver aktiviteter som selvstendig næringsdrivende vil normalt anses som foretak, men det er viktig å poengtere at dette ikke er en absolutt sammenheng. Det avgjørende er vurderingen etter funksjonelle kriterier. Individer som arbeidstakere vil derimot ikke regnes som foretak fordi de anses som en integrert del av arbeidsgivervirksomheten.⁴⁴ Heller ikke individer i rollen som sisteledds-konsument, eller endelig forbruker, i markedet for varer og tjenester, anses som foretak. Grunnen til dette er at slik forbrukeratferd ikke anses som økonomisk, i konkurranserettslig forstand.⁴⁵

Offentlige organer vil regnes som foretak hvor de driver økonomisk virksomhet. Selve utøvelsen av offentlig myndighet vil ikke medføre at det utøvende subjektet anses som en foretak, fordi slik aktivitet ut fra sin art ikke regnes som økonomisk.⁴⁶ Utøvelse av offentlig myndighet innebærer at aktiviteten det er tale om er i offentliges interesse og utgjør en vesentlig funksjon for staten.⁴⁷ Men offentlige organer kan også drive kommersiell aktivitet som en del av den totale virksomheten, og i den forbindelse vil konkurransereglene kunne anvendes.

⁴⁰ Se for eksempel sak C-309/99, *Wouters*

⁴¹ Kommisjonens beslutning IV/29.559, *RAI/UNITEL*, EFT L-157/39

⁴² Kommisjonens beslutning IV/28.996, *Reuter/BASF*, EFT L-254/40

⁴³ Kommisjonens beslutning COMP/C.38.279/F3, *Fransk oksekød*, EFT L-209/12

⁴⁴ Sak C-22/98, *Straffesak mot Jean Claude Becu mfl.*, Sml 1999 I-5665, premiss 26

⁴⁵ Se forente saker C-180/98 og C-184/98 *Pavlov mot SPMS*, Sml. 2000 I-6451, premiss 78

⁴⁶ Se kapittel 3.5.3 nedenfor

⁴⁷ Sak C-343/95, *Cali & Figli mot Servizi Ecologici Porto di Genova*, Sml. 1997 I-1547, premiss 22-23

3.3 Finansieringsform

Spørsmålet om hvordan en virksomhet er finansiert, er ikke relevant for hvorvidt virksomheten skal regnes som et foretak innenfor rammen av artikkel 101. En av de mer klassiske former for finansiering av en virksomhet er gjennom kostnadsdekning i markedet. Dette innebærer at foretakssubjektet baserer seg på at inntektene ved virksomheten skal dekke for utgiftene. Men et foretak kan også tenkes å være finansiert gjennom for eksempel medlemskapsavgift, gavebidrag eller offentlig støtte. Finansiering ved offentlig støtte vil i seg selv ikke ha relevans for foretaksbegrepet i artikkel 101, men kan få en betydning i forhold til statsstøttereglene i TEUF artikkel 107.

Finansieringsform henviser til hvordan et subjekt holder balanse i regnskapet og sørger for en bærekraftig utvikling for virksomheten. Finansieringsformen refererer altså kun til dekning på inntektssiden i en virksomhet. Dekning på utgiftssiden er en annen sak. Det vil nemlig derimot ha betydning for klassifiseringen som foretak, at subjektet selv bærer de økonomiske konsekvensene av driften. Dette knytter seg nært opp til finansiell risiko, som er et relevant moment i vurderingen av om aktiviteten som utøves er økonomisk. I *Kommisjonen mot Italia*⁴⁸ var spørsmålet om italienske tollklarere kunne regnes som ”foretak” med hensyn til forbudet mot konkurransebegrensende avtaler. Domstolen bekreftet dette, og begrunnet konklusjonen med at tollklarernes virksomhet hadde økonomisk karakter, blant annet fordi tollklarernes selv måtte bære underskuddet av virksomheten.⁴⁹

3.4 Økonomisk aktivitet

3.4.1 Utgangspunktet

Som nevnt ovenfor er det avgjørende elementet i den funksjonelle tilnærmingen til foretaksdefinisjonen om aktivitetene i virksomheten som utøves er av økonomisk karakter. Hva

⁴⁸ Sak C-35/96, *Kommisjonen mot Italia (tollklarering)*, Sml. 1998 I-3851

⁴⁹ Sak C-35/96, *Kommisjonen mot Italia (tollklarering)*, premiss 37

som ligger i ”økonomisk aktivitet” kan ikke fastlegges ut fra et generelt angitt vurderingstema, men må avgjøres etter en konkret vurdering i lys av den omfattende praksis som foreligger fra EU-domstolen. Særlig tre vurderingsmomenter kan fremheves ut fra den foreliggende rettspraksis: tilbudet av varer og tjenester, finansiell risiko og potensiale for profitt. Disse momentene er unektelig nært tilknyttet hverandre, men de utgjør selvstendige argumenter ettersom domstolen ikke anfører at dette er kumulative vilkår. Altså må momentene anvendes i en helhetsvurderingen av om en aktivitet er økonomisk. I de følgende avsnittene vil innholdet i disse momentene klargjøres.

3.4.2 Tilbud av varer og tjenester

Vurderingen av om en enhet utøver økonomisk virksomhet, krever en fastsettelse av hvilke typer aktiviteter dette omfatter. Spørsmålet blir dermed hva som karakteriserer økonomisk aktivitet på markedet. I *Kommisjonen mot Italia* la EU-domstolen til grunn at slik aktivitet består av tilbudet av varer og tjenester på markedet.⁵⁰ I saken argumenterte Kommisjonen for at AAMS, det italienske statsmonopolet for produksjon og salg av tobakk, var et foretak i konkurranserettslig perspektiv, og måtte innrette seg etter et direktiv som var adressert til slike subjekter. Den italienske staten poengterte at AAMS var et statlig organ som var uatskillelig fra staten (nasjonalstater som sådan kan ikke være foretak), og av denne grunn falt utenfor direktivets virkeområde. Domstolen tolket foretaksbegrepet funksjonelt, fremfor institusjonelt, og konkluderte med at AAMS måtte anses som et foretak. Begrunnelsen var at AAMS tilbød varer og tjenester på markedet, som domstolen mente var aktivitet av økonomisk art. Dette utgangspunktet har EU-domstolen i flere senere saker støttet seg til ved vurderingen av om et subjekt har drevet økonomisk aktivitet, og på denne måten kvalifisert som et foretak. For eksempel i *Höfner*⁵¹, hvor det føderale arbeidskontoret i Tyskland ble regnet som et foretak, fordi det drev med tjenesteyting i forbindelse med arbeidsformidling,

⁵⁰Sak 118/85, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1987 I-2599, premiss 7

⁵¹ Sak C-41/90, *Höfner*

og i *Ambulanz Glöckner*⁵² hvor det samme gjaldt for en medisinsk bistandsorganisasjon som drev ambulanseutleie.

Spørsmålet blir dermed å klargjøre hva som ligger i å tilby varer og tjenester på markedet. ”Tilbud” må forstås, i tråd med alminnelig økonomisk teori, som en disposisjon eller et utsagn rettet utad, om å forhandle om varer eller tjenester. Hva som skal regnes for ”varer” ble drøftet av i *Kommisjonen mot Italia*.⁵³ EU-domstolen uttalte der at det sentrale er om objektet kan underlegges en verdifastsettelse i penger, slik at det er egnet som gjenstand for kommersiell omsetning. EU-domstolen har ikke uttalt seg direkte om innholdet i ”tjenester”, i forbindelse med økonomisk aktivitet i konkurransemessig betydning. Men i TEUF artikkel 57 er ”tjenesteytelser” bredt definert som ”ydelser, der normalt utføres mot betaling”, og som ikke omfattes av den frie bevegelse for varer, kapital og personer. Denne definisjonen kan trolig forstås synonymt med ”tjenester”. I *Meca-Medina*⁵⁴ uttalte Retten at konkurransereglene og reglene om fri bevegelse for tjenester, herunder artikkel 57, har et sammenfallende anvendelsesområde, slik at prinsippene for anvendelse er tilsvarende for begge regelsett. Så til tross for at artikkel 57 ikke er direkte tilknyttet delen av TEUF som omhandler konkurransereglene, bør begrepene kunne forstås likt, i lys av hensynet til tolkningsharmonisering og Rettens uttalelse i *Meca-Medina*. Etter dette må ”tjenester” forstås som tjenesteytelser mot betaling. Med ”marked” refereres det til et forum hvor partene kan møtes og utveksle varer, tjenester og kapital.⁵⁵

Tilbud av varer og tjenester vil altså omfatte typisk salgsvirksomhet. Sannsynligvis faller tilbud uten krav om motytelse også innenfor uttrykkets nedslagsfelt. Her siktes det til vederlagsfri overføring, for eksempel gavedisposisjoner. Tilbudet må fremlegges på, og rette

⁵² Sak C-475/99, *Ambulanz Glöckner Landkreis Südwestpfalz*, Sml. 2001 I-8089

⁵³ Sak 7/68, *Kommisjonen mot Italia*, Sml. 1968 I-423

⁵⁴ Sak T-313/03, *Meca-Medina og Majcen mot Kommisjonen*, Sml. 2004 I-9483, premiss 42

⁵⁵ Se avsnitt 3 i Kommisjonens meddelelse om avgrensning af det relevante marked i forbindelse med Fælleskabets konkurrenceret, EFT nr C-372 1997

seg mot markedet for at aktiviteten skal anses økonomisk. Her vil det da måtte trekkes en grense mot sosiale ytelser og velferdsytelser, som i sin natur ikke er økonomiske. Eksempelvis vil forskjellige tilbud om sosiale ytelser fra det offentlige falle utenfor. Hvis derimot de aktuelle ytelsene tilbys av det offentlige, men er også mulig å anskaffe på det kommersielle markedet, taler dette for at virksomheten er økonomisk.⁵⁶

En ytterligere problemstilling er om virksomhet som kun går ut på innkjøp, i motsetning til salgsvirksomhet, av varer og tjenester på markedet også kan regnes som økonomisk aktivitet. Som nevnt i drøftelsen om betydningen av rettslig status ovenfor, regnes ikke rent forbruk hos individer som økonomisk virksomhet.⁵⁷ Et nærliggende spørsmål, i lys av foretaksbegrepets funksjonelle tilnærming, er da om innkjøpsvirksomhet generelt skal anses som økonomisk eller ikke.

Det kan argumenteres for at EU-domstolen i *Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek mot Kommisjonen*⁵⁸ anla en linje for at innkjøpsvirksomhet generelt kan betegnes som økonomisk aktivitet. Saken omhandlet et andelsselskap, som fremstilte animalsk løpe og fargestoffer til osteproduksjonen. Andelsselskapets vedtekter påla medlemmene, som var nederlandske osteprodusenter, en eksklusiv kjøpsforpliktelse av animalsk løpe og fargestoffer. Dette kom domstolen til at var konkurransebegrensende, og dømte andelsselskapet for brudd på kartellforbudet. Den konkurransebegrensende aktiviteten gikk her ut på innkjøp, fordi vedtektsbestemmelsene rettet seg mot medlemmene, som kun deltok på etterspørselsiden i dette markedet. Domstolen vurderte ikke hvorvidt deltakerne i andelsselskapet var foretak, men ut fra konklusjonen virker dette implisitt. EU-domstolen fulgte senere opp

⁵⁶ Se Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 22 og sak C-205/03, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental(FENIN) mot Kommisjonen*, Sml. 2006 I-6295, generaladvokat Maduros forslag til dom, premiss 11

⁵⁷ Se forente saker C-180/98 og C-184/98 *Pavlov*, premiss 78

⁵⁸ Sak 61/80, *Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek*

*Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek*⁵⁹ i *Gøttrup-Klim*⁶⁰, hvor en innkjøpsforening som drev kvantumsinnkjøp av landbruksvarer for sine medlemmer ble vurdert som et foretak.

I *FENIN mot Kommisjonen*⁶¹ uttalte derimot domstolens førsteinstans at innkjøpsvirksomhet ikke generelt kan anses som økonomisk aktivitet, men at det må vurderes i sammenheng med den videre bruken av den innkjøpte varen.⁶² Spørsmålet i saken var om det spanske sunnhetsvesenet, et offentlig organ, kunne dømmes for brudd på artikkel 102 fordi det misbrukte sin posisjon ved blant annet å systematisk misligholde gjeld forbundet med innkjøp av medisinske varer. Spørsmålet ble avvist fordi varene ble brukt i forbindelse med gratis helsetilbud til spanske borgere, som ikke ble ansett som økonomisk.⁶³ Dette ble begrunnet med at dersom innkjøpet ikke er gjort med henblikk på videre økonomisk aktivitet, kan ikke innkjøpsvirksomheten heller anses som økonomisk.

FENIN presiserer dermed inntrykket som domstolen ga i *Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek*, ved at konteksten ved innkjøp må vurderes. Etter dette følger det at innkjøpsvirksomhet i utgangspunktet regnes som økonomiske aktivitet, med mindre den videre bruken av de innkjøpte varene er uttrykkelig ikke-økonomiske. Men denne presiseringen er ikke rent uproblematisk. For det første kan det stilles spørsmål ved om unntaket fortsatt gjelder dersom kun en del av de innkjøpte varene faller inn under et slikt unntak.⁶⁴ For det andre er det usikkert hvor nært forbundet et bestemt innkjøp må være til videre økonomisk aktivitet.⁶⁵ Og for det tredje er økonomisk aktivitet avhengig av både kjøper og selger, så grunn-

⁵⁹ Sak 61/80, *Cooperatieve Stremsel-en Kleursfabriek*

⁶⁰ Sak C-250/92, *Gøttrup-Klim mfl. Mot Grovvareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvarereselskab*, Sml. 1994 I-5641

⁶¹ Sak T-319/99, *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental(FENIN) mot Kommisjonen*, Sml. 2003 I-357, stadfestet av domstolen i sak C-205/03, *FENIN*

⁶² Sak T-319/99, *FENIN*, premiss 36

⁶³ Se kapittel 3.4 nedenfor

⁶⁴ Se Sak T-319/99, *FENIN*, premiss 41-44

⁶⁵ Jones/Suffrin (2011) side 134

laget for at kun selgersiden skal underlegges foretaksbegrepet (og slik konkurransereglene) er kunstig og kan medføre mot-incentiver til innovasjon.⁶⁶

3.4.3 Finansiell risiko

Svaret på hvem som bærer den finansielle risikoen ved en aktivitet vil gjerne gi uttrykk for at dette subjektet utøver økonomisk aktivitet med hensyn til artikkel 101. Konseptet om finansiell risiko er nært forbundet med generell ansvarstildeling, ved at den som bærer den finansielle risikoen også vil være subjekt for de økonomiske konsekvensene av en virksomhet, enten om det er tap eller utbytte. I *Wouters*⁶⁷ kom domstolen til at selvstendig næringsdrivende advokater drev økonomisk aktivitet basert på karakteren av tjenestene som de tilbydde på markedet, i tillegg til at de selv bar risikoen for balansen mellom virksomhetens inntekter og utgifter. Den samme metoden og konklusjonen ble gjort gjeldende for spesialistleger i *Pavlov*.⁶⁸ Også i *Kommisjonen mot Italia*⁶⁹ la domstolen vekt på finansiell risiko i vurderingen av om tollklareringer kunne regnes for å drive økonomisk aktivitet. Domstolen ga i disse sakene uttrykk for at risikomomentet var tilknyttet elementet om tilbudet av varer og tjenester.⁷⁰ Dette er naturlig, da den finansielle risikoen ved en virksomhet knytter seg direkte til den utøvende aktiviteten. Spørsmålet blir da om dette sier noe om vektingen av dette momentet, ved vurdering av økonomisk aktivitet.

Generaladvokat Colomers uttalte i *Straffesak mot Becu*⁷¹ at finansiell risiko er et betydelig element i vurderingen av økonomisk aktivitet. Årsaken til dette er nødvendigheten av å kunne identifisere et konkret sentrum som økonomiske beslutninger kan henføres tilbake til, ved vurderingen om et subjekt er et foretak i relasjon til artikkel 101. I denne identifise-

⁶⁶ Se sak C-205/03, *FENIN*, generaladvokat Maduros forslag til dom, premiss 26

⁶⁷ Sak C-309/99, *Wouters*, premiss 48

⁶⁸ Forente saker C-180/98 og C-184/98, *Pavlov*, premiss 76

⁶⁹ Sak C-35/96, *Kommisjonen mot Italia (tollklarering)*, premiss 37

⁷⁰ Se sak C-35/96, *Kommisjonen mot Italia (tollklarering)*, premiss 37 og sak C-309/99, *Wouters*, premiss 48

⁷¹ Sak C-22/98, *Straffesak mot Becu*, Generaladvokat Colomers forslag til dom, premiss 53

ringsprosessen vil plasseringen av den finansielle risikoen være det sentrale kjennetegnet. Derfor er tilstedeværelsen av finansiell risiko hos et subjekt et viktig element i vurderingen av om det foreligger økonomisk aktivitet.

Motsetningsvis vil fraværet av finansiell risiko kunne være et moment som taler for at en enhet ikke driver økonomisk aktivitet. Dette var tilfellet i *Poucet og Pistre*⁷² hvor risikoen ved en forsikringsordning var spredt mellom flere aktører, ved at overskuddet hos noen enhetene gikk til å dekke underskuddet hos andre. Det samme var tilfellet i *AOK*⁷³, hvor en sykekasseordning var organisert etter et solidaritetsprinsipp slik at risikoen og omkostningene ble utlignet mellom flere aktører.

3.4.4 Potensiale for profitt

Ved bedømmelsen av om et subjekt utøver økonomisk aktivitet, vil vurderingen av om det foreligger potensiale for å økonomisk profitere på virksomheten også være relevant. I *FFSA*⁷⁴ uttalte EU-domstolen at det ikke er nødvendig for et foretak å ha til formål å oppnå profitt eller å faktisk profitere på en aktivitet, for at denne skal anses som økonomisk. Begrunnelsen for dette er at mangelen på profittmotiv ikke utelukker at subjektet opererer i konkurranse på markedet. Domstolen gikk videre til å angi at det sentrale for vurderingen av om en aktivitet er økonomisk, er om det kan legges til grunn at det er et reelt potensiale for profitt. Det faktum at et subjekt ikke tjener noe på sin virksomhet, vil altså ikke isolert sett være en adekvat begrunnelse for å unnta det fra en eventuell status som et foretak.⁷⁵

⁷² Forente saker C-159/91 og C-160/91, *Poucet og Pistre*, premiss 12

⁷³ Forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, *AOK Bundesverband mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes*, Sml. 2004 I-2493, premiss 53

⁷⁴ Sak C-244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance mfl. mot Ministère de l'Agriculture og de la Pêche*, Sml. 1995 I-4013, premiss 21

⁷⁵ Sak C-67/96, *Albany International BV mot SBT*, Sml. 1999 I-5751, premiss 85

Spørsmålet om en virksomhet har potensiale for profitt ligger i kjernen av vurderingen av om denne virksomheten driver økonomiske aktiviteter. En aktivitet vil klart nok ikke være økonomisk hvis det ikke er mulig å profitere på den. Dette kan best illustreres ved å sette kravet til aktivitetens økonomiske karakter opp mot den strake motsetningen, nemlig aktiviteter med sosial karakter. Dette forstås som aktiviteter basert på solidaritet, i motsetning til fortjeneste.⁷⁶ EU-domstolen uttalte i *Poucet og Pistre*⁷⁷, at ved ren sosial aktivitet utgjør profitt-elementets fravær et klart tegn på distinksjonen mellom typisk ikke-økonomisk og økonomisk aktivitet.

Testen for grensedragningen mellom aktiviteter med potensiale for profitt og de hvor dette ikke er tilfellet, beror på spørsmålet om aktiviteten i prinsippet kunne vært drevet kommersielt, altså med et formål om profitt.⁷⁸ En kommersiell virksomhet vil karakteristisk ha til hensikt å tjene et overskudd på sin virksomhet, og vil derfor klart nok kvalifisere som å drive økonomisk virksomhet. I *Höfner*⁷⁹ argumenterte den tyske stat for at det statlige kontoret for arbeidsformidling ikke drev økonomisk aktivitet, fordi kontoret ikke hadde noe overskudd ettersom tjenestene det tilbydde på markedet var gratis. Sakens faktum var at arbeidsformidlingskontoret ikke hadde kapasitet til å imøtekomme etterspørselen for tjenesten. Tysk lov krevde at myndighetene hadde tjenesten tilgjengelig, så en del av virksomheten måtte utskilles til private aktører som profiterte på tjenesten, på statens regning. Domstolen konkluderte med at arbeidsformidlingskontorets virksomhet var økonomisk, og baserte begrunnelsen på at selv om det ikke forelå noen faktisk profitt så eksisterte det likevel en mulighet for dette, slik som sakens faktum var bevis for. For å fastsette om det eksisterer en mulighet for profitt, må altså det konkrete markedet i det bestemte området vurderes i for-

⁷⁶ Se kapittel 3.4.2 nedenfor

⁷⁷ Forente saker C-159/91 og C-160/91, *Poucet og Pistre*, premiss 18-19

⁷⁸ Se Forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, *AOK Bundesverband*, generaladvokat Jacobs forslag til dom, premiss 27

⁷⁹ Sak C-41/90, *Höfner*, premisser 19 og 22

hold til aktiviteten, men også tilsvarende marked i andre medlemsstater og i tredjepartsstater kan være relevante.⁸⁰

EU-domstolen har anerkjent at det er noen typer virksomhet som klart ikke har noe potensiale for profitt. For det første virksomhet i ren offentlig interesse, og for det andre ren sosial virksomhet. Disse vil behandles grundigere nedenfor.

3.5 Grensen mot ikke-økonomisk aktivitet

3.5.1 Innledning

EU-domstolen har anerkjent at noen typer aktiviteter kategorisk faller utenfor foretaksbegrepet ved at de, i lys av den funksjonelle tilnærmingen til begrepet, ikke er av økonomisk art. For det første vil dette være utøvelse av offentlig myndighet, som ikke er økonomiske fordi myndighetsutøvelse i utgangspunktet ikke er kommersielt. For det andre, faller også virksomhet som ivaretar tungtveiende samfunnsmessig hensyn utenfor. Dette blir jo en motpol til profittelementet i rent økonomiske aktiviteter. Og for det tredje, regnes også arbeidstakerforholdet å inneholde ikke-økonomisk aktivitet. Disse tre typene forholdene behandles nærmere i de følgende avsnittene, særlig med fokus på begrunnelse for den ”ikke-økonomiske”-betegnelsen og konsekvensene av dette.

3.5.2 Utøvelse av offentlig myndighet

Utøvelse av offentlig myndighet er per definisjon ikke-økonomisk aktivitet. Dette begrunnes ut fra hensynet til suverenitetsprinsippet, det vil si nasjonalstatens rett til å styre seg selv uten ekstern innblanding. EU-domstolen har derfor sett seg nødt til å avbalansere hensynet til å beskytte konkurransen, ved å begrense foretaksbegrepet til økonomisk aktivitet og å unnta utøvelsen av offentlig myndighet. Dersom en aktivitet består i utøvelsen av of-

⁸⁰ Odudu (2006), side 36-37

fentlig myndighet vil den altså ut fra sin art, sitt formål og reglene den er underlagt, ikke være av økonomisk karakter.⁸¹

Dette betyr for det første at offentlige organer, i det omfang de handler som offentlige myndigheter, prinsipielt ikke er omfattet av foretaksbegrepet. Og for det andre, betyr det at privatrettslige subjekter som gjennom sin virksomhet utøver offentlig myndighet på vegne av det offentlige, også faller utenfor foretaksbegrepet i relasjon til disse aktivitetene. På denne bakgrunn kom EU-domstolen i *Eurocontrol*⁸² til at organisasjonen Eurocontrol, som blant annet drev med koordinasjon av flytrafikken i Europa, ikke opererte som et foretak. Domstolen presenterte en tre-delt begrunnet for denne konklusjonen. For det første var Eurocontrol en internasjonal samarbeidsorganisasjon som var opprettet gjennom en internasjonal konvensjon. For det andre var Eurocontrol gitt myndighet til å innkreve avgifter av flyselskapene, på vegne av konvensjonstatene. Og for det tredje var Eurocontrol pliktig til å bistå all flytrafikk, uavhengig om operatører ikke hadde betalt de nødvendige avgiftene. Samlet sett vurderte domstolen den aktuelle koordineringsaktiviteten som en ivaretagelse av offentlige sikkerhetsinteresser, og som sådan ikke egnet underleggelse av konkurranse-reglene.⁸³

Videre, i *Cali & Figli*⁸⁴ drev et privat foretak overvåkingsvirksomhet som del av anti-forurensningsarbeidet i Genova havn. EU-domstolen unntok det fra konkurransereglene på bakgrunn av at aktiviteten var i det offentliges interesse, ut fra hensynet til at maritimt miljøvern faller innfor for statens ansvarsområde. Altså utøver en enhet offentlig myndighet når en bestemt aktivitet er i det offentliges interesse og utgjør en vesentlig samfunnsoppga-

⁸¹ Se sak C-309/99, *Wouters*, premiss 57 med videre henvisninger

⁸² Sak C-364/92, *Eurocontrol*

⁸³ Sak C-364/92, *Eurocontrol*, premiss 30

⁸⁴ Sak C-343/95, *Cali & Figli*

ve for staten. En slik aktivitet vil som følge av sin art, sitt formål og de offentlige reguleringer den er underlagt, være knyttet til utøvelsen av offentlig myndighet.⁸⁵

Med en funksjonell innfallsvinkel til foretaksbegrepet, er det i prinsippet irrelevant om enheten som utøver den offentlige myndigheten er en del av staten⁸⁶, eller kun er engasjert av staten⁸⁷. Naturlig nok er utøvelse av offentlig myndighet i utgangspunktet eksklusivt forbeholdt staten, men det er ikke rent uvanlig at staten setter ut deler av sin virksomhet til kommersielle aktører. I slike tilfeller må grunnlaget for utøvelsen av offentlig myndighet være en tildeling av konsesjon eller en annen type myndighetsoverføringsavtale. Dette var for eksempel tilfellet i *Cali & Figli*⁸⁸ hvor det private selskapet drev overvåkingsaktiviteten i Genova havn på konsesjon fra staten. Hvor utøvelsen av offentlig myndighet overdras til en privat aktør, må selve overdragelsen og utøvelsen av aktiviteten vurderes separat. Denne distinksjonen er en konsekvens av den funksjonelle tilnærmingen til foretakskonseptet, ved at tolkningen av foretaksbegrepet baserer seg på forståelsen av økonomisk aktivitet i relasjon til den konkrete avtalen.⁸⁹ EU-domstolen kom i *Bodson*⁹⁰ til at artikkel 101(1), ikke kunne anvendes på konsesjonsavtaler mellom flere franske kommuner og private selskaper. I saken gikk konsesjonen ut på å drive gravferdstjenester, som etter fransk lov var eksklusivt tillagt kommunene. Flere av kommunene valgte derimot å sette disse ut til det private gjennom konsesjonsavtaler. Domstolen uttalte at slike avtaler ikke var mellom virksomheter, fordi selve tildelingen ble regnet som utøvelse av offentlig myndighet.⁹¹ Videre drøftet domstolen anvendelsen av forbudet i artikkel 102, som ble påberopt på bakgrunn av at et

⁸⁵ Sak C-343/95, *Cali & Figli*, premiss 22-23

⁸⁶ Se for eksempel Sak E-8/00, *LO mot KS*, avsnitt 64

⁸⁷ Se for eksempel sak 30/87, *Corinne Bodson mot Pompes Funébres des Régions Libérées SA*, Sml. 1988 I-2479

⁸⁸ Sak C-343/95, *Cali & Figli*

⁸⁹ Sak 170/83, *Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact del Dott Ing Mario Andreoli & C Sas*, Sml 1984 I-2999, premiss 11-12

⁹⁰ Sak 30/87, *Bodson*

⁹¹ Sak 30/87, *Bodson*, premiss 18

foretak hadde kommet i en dominerende stilling gjennom tildelingen av konsesjonen, og misbrakte denne i sitt tilbud av begravelsestjenester. Altså ble de samme tjenestene vurdert annerledes, fordi den offentlige myndighetsutøvelsen gjaldt selve konsesjonene og ikke tjenestene basert på sin art eller formål. Denne saken illustrerer at utøvelsen av aktiviteter tilknyttet offentlig myndighet av en privat aktør som har fått denne overdratt fra det offentlige, kan kvalifisere som økonomisk, selv om selve overdragelsen ikke omfattes av konkurransereglene.

Nært tilknyttet utøvelsen av offentlig myndighet kommer aktiviteter som det ikke er mulig å ha profitt på. I lys av foretaksdefinisjonen i *Höfner*⁹² og ut fra konkurransereglenes formål, vil vurderingen av om en konkret form for utøvelse av offentlig myndighet er profitabel bero på hvorvidt aktiviteten hypotetisk sett kan utøves kommersielt av en privat aktør.⁹³ Dette tilsier at virksomhet som klart nok ikke kan drives kommersielt heller ikke vil være økonomisk. Av offentlig virksomhet vil dette være aktiviteter som resulterer i goder som av sin natur er ikke-eksklusive.⁹⁴ Ikke-eksklusivitet innebærer at det er umulig å hindre at enhver kan nyte eller utnytte produktet av aktiviteten, og sånn sett er virksomheten ikke profitabel. I teorien⁹⁵ har det blitt anført at denne typen aktivitet må anses som ikke-økonomisk ut fra en antitetisk forståelse av profitt-kriteriet, som ble presentert under definisjonen av økonomisk aktivitet ovenfor. Konsekvensen av at produksjonen er ikke-eksklusiv gir et klart incentiv mot å drive slik virksomhet på kommersiell basis, nettopp fordi potensiale for profitt ikke er til stede. Det klassiske eksempelet på ikke-eksklusiv offentlig virksomhet er driften av et militært forsvar.⁹⁶

⁹² Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21

⁹³ Se forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, *AOK Bundesverband*, advokatgeneral Jacobs forslag til dom, premiss 27

⁹⁴ Se Buendia Sierra (1999), side 48

⁹⁵ Se blant annet Odudu (2006) side 41-42 med videre henvisninger

⁹⁶ Se Odudu (2006) side 42

3.5.3 Aktiviteter med sosial karakter

Aktiviteter som består i ivaretagelsen av spesifikke samfunnshensyn av sosial karakter regnes også som ikke-økonomiske. Bakgrunnen for dette er at slike aktiviteter ikke har noe potensiale for profitt, og vil derfor ikke representere en konkurrerende markedsatferd. I praksis fra EU-domstolen distingveres det mellom tilfeller hvor slik virksomhet utøves i en markeds kontekst og hvor den er basert på et solidaritetsprinsipp. Dersom aktiviteten utøves i en markeds kontekst vil den være underlagt konkurransereglene. Effekten vil følgelig være omvendte for tilfeller av aktivitet basert på et solidaritetsprinsipp.

Solidaritet kan, i henhold til generaladvokat Fennelly i *Sodemare mot Regione Lombardia*⁹⁷, forstås som virksomhet bestående av en sosial gruppes understøttelse av en annen.⁹⁸ Solidaritet handler altså om omfordeling av ressurser, som innebærer en iboende umulighet for profitt fordi det baserer seg på ensidig transaksjoner i motsetning til handel.⁹⁹ EU-domstolens praksis har i stor grad vært faktumsbasert når det kommer til å klassifisere aktiviteter som solidariske. De mest nærliggende subjektene for slik virksomhet er statlige organer, men også private aktører kan være aktive innenfor solidarisk virksomhet. Vurderingen av om en aktivitet som ivaretar sosiale hensyn skal regnes som ikke-økonomisk må nødvendigvis bli konkret, men det flere relevante momenter kan deduseres fra domstolens praksis.

I *Poucet og Pistre*¹⁰⁰ fastslo EU-domstolen at virksomhet som bestod i administrasjonen av lovpålagte sosialforsikringsordninger for selvstendig næringsdrivende ikke var økonomisk. Virksomheten ble ansett som solidarisk og dette ble begrunnet ut fra fire momenter. For det første var forsikringsordningene obligatoriske gjennom påbud i lov. For det andre var de aktuelle forsikringsytelsene gradert etter behov, og uten noen forbindelse til enkeltmed-

⁹⁷ Sak C-70/95, *Sodemare mot Regione Lombardia*, Sml. 1997 I-3395

⁹⁸ Generaladvokat Fennellys forslag til dom i sak C-70/95, *Sodemare mot Regione Lombardia*, avsnitt 29

⁹⁹ Se Odudu (2006) side 224-226

¹⁰⁰ Forente saker C-159/91 og C-160/91, *Poucet og Pistre mot AGF og Cancava*

lemmenes bidrag. For det tredje var inn- og utbetalingene i ordningen fastsatt etter standarder i loven. Og for det fjerde baserte den overordnede finansieringsstrukturen seg på at de ordningene som gikk i overskudd bidro til å utbalansere ordningene hvor medlemmenes innbetalinger ikke dekket utbetalingene. Denne saken illustrerer typisk hvorfor omfordeling av ressurser og fraværet av potensiale for profitt må regnes som ikke-økonomisk aktivitet i konkurranserettslig forstand.

I *Fédération Française SA*¹⁰¹ kom domstolen til det motsatte resultat, fordi pensjonsordningen i denne saken hadde grunnlag i andre prinsipper. Ordningen var her frivillig å delta i og utbetalingene berodde på størrelsen av medlemmenes innbetaling. I tillegg baserte ytelsene seg på avkastningen av investeringer, som ble finansiert av medlemskontingentene. I følge domstolen var denne virksomheten økonomisk til tross for at den både hadde et sosialt formål og var innført ved lov. Begrunnelsen var at pensjonsordningen var i konkurranse med livsforsikringsselskapene på det kommersielle markedet. Også i *Albany*¹⁰² kom domstolen til at en pensjonsordning var et foretak på bakgrunn av utøvelse av økonomiske aktivitet. Her var grunnlaget for konklusjonen at ordningens utbetalinger var avhengig av avkastningen på finansielle investeringer, som kvalifiserte som økonomisk virksomhet. Forskjellen mellom disse sakene og *Poucet og Pistre*, var at til tross for et underliggende solidaritetsprinsipp i subjektene aktiviteter, var virksomheten som en helhet i større grad basert på kapitaliseringsformål. Altså kreves det trolig at solidaritetsprinsippet er solid forankret i aktiviteten.

Videre har EU-domstolen vektlagt omfanget av statskontroll ved virksomheten som et relevant moment i vurderingen av den potensielle økonomiske karakteren. I *Cisal*¹⁰³ kom domstolen til at en italiensk forsikringsordning for arbeidsskader ikke utgjorde et foretak. Begrunnelsen for dette var at prisen på medlemskontingenten ble fastsatt av den italienske

¹⁰¹ Sak C-244/94, *Fédération Française SA*

¹⁰² Sak C-67/96, *Albany*

¹⁰³ Sak 218/00, *Cisal di Battistello Venziano & C. Sas mot INAIL*, Sml. 2002 I-691

staten, i tillegg til at størrelsen på de utbetalte ytelsene krevde godkjenning fra departementet. Med utgangspunkt i at ordningen baserte seg på et solidaritetsprinsipp, fremhev domstolen graden av kontroll og involvering fra staten i utøvelsen av virksomheten, som et ytterligere moment mot at det her var tale om økonomisk aktivitet. Det er derimot noe usikkert hvordan et slikt statlig kontrollelement skal vektlegges i vurderingen av en virksomhets aktiviteter. I *AG2R*¹⁰⁴ ble for eksempel den aktuelle virksomheten karakterisert som høyst solidarisk, men domstolen kom likevel til at den drev økonomisk aktivitet. Begrunnelsen var at selskapet, i forvaltningen av en statlig forsikringsordning, hadde en viss autonomi og dermed var relativt fristilt fra statlig kontroll.¹⁰⁵

Ut fra EU-domstolens praksis kan altså minst tre momenter trekkes frem som særlig relevante i vurderingen av om en virksomhet som ivaretar sosiale hensyn skal regnes som ikke-økonomisk. For det første hvorvidt den aktuelle ordningen er frivillig eller obligatorisk, hvor sistnevnte taler for at den ikke er økonomisk. For det andre vil finansieringen være relevant, herunder graden av sammenheng mellom utgiftene og inntektene i virksomheten. Dersom forbindelsen mellom disse ikke er direkte, er sannsynligvis aktiviteten ikke økonomisk. Og for det tredje vil graden av statlig kontroll og innvirkning på virksomheten ha betydning. Hvor staten er sterkt involvert vil trolig et solidaritetsprinsipp stå tilstrekkelig mye sterkere enn kapitaliseringshensyn i virksomheten, slik at den samlet sett kan anses som ikke-økonomisk.

3.5.4 Arbeidstakere¹⁰⁶

Det er klart nok at individer som driver økonomisk aktivitet vil kunne utgjøre et foretak i relasjon til artikkel 101.¹⁰⁷ Som nevnt ovenfor er det et sentralt momentet for foretaksvurderingen at et subjekt selv bærer den finansielle risikoen ved virksomheten det utøver. Ar-

¹⁰⁴ Sak C-437/09, *AG2R Prévoyance mot Beaudout Père et Fils SARL*, Sml. 2011 I-973

¹⁰⁵ Sak C-437/09, *AG2R*, premiss 59-65

¹⁰⁶ Arbeidstakerforholdet har også en side til doktrinen om samme økonomiske enhet, se 4.2.4 nedenfor

¹⁰⁷ Sak C-309/99, *Wouters*

beidstakerrollen regnes ikke som økonomisk fordi det her ikke blir tatt noen finansiell risiko. Et individ i rollen som arbeidstaker kan gjerne drive med tilbud av varer og tjenester, og ellers bære kjennetegnene til et typisk foretak. Men arbeidstakerrollen er betinget av forholdet til en arbeidsgiver, og i denne relasjonen bærer ikke førstnevnte finansiell risiko for aktivitetene som bedrives i rollen.

I *Straffesak mot Becu*¹⁰⁸ måtte EU-domstolen ta stilling til spørsmålet om autoriserte havnearbeidere skulle betraktes som foretak med hensyn til anvendelsen av forbudet i TEUF artikkel 106. Dette ble avvist på bakgrunn av at havnearbeiderne, gjennom ansettelsesforholdet, ble ansett som en integrert del av arbeidsgiveres virksomhet.¹⁰⁹ Domstolens uttalelse tolkes som at arbeidstakere generelt anses for å utøve ikke-økonomisk aktivitet, på bakgrunn av fraværet av finansiell risiko og fordi utøvelsen av virksomheten de driver er etter instruks fra en arbeidsgiver.¹¹⁰

Det har også blitt anført fra flere hold at det er hensiktsmessig å holde arbeidsmarkedet utenfor konkurransereglens virkeområde, av hensyn til dette markedets særegenhet.¹¹¹ Konkurransereglene retter seg mot økonomiske aktører som har formål om å profitere på markedet, og baserer sin markedsatferd deretter. Arbeidstakere har derimot fokus på lønn og arbeidsvilkår, noe som gjør at konkurransereglene er lite egnet for anvendelse på konkurranse mellom arbeidstakere.¹¹²

En konsekvens av at arbeidstakere ikke anses som foretak, er at fagforeninger heller ikke vil regnes som sammenslutninger av foretak, med hensyn til beslutninger på vegne av arbeidstakerne. Dette er en naturlig kobling siden sammenslutninger av foretak nødvendigvis

¹⁰⁸ Sak C-22/98, *Straffesak mot Becu*

¹⁰⁹ Sak C-22/98, *Straffesak mot Becu*, premiss 26-27

¹¹⁰ Se for eksempel Jones/Suffrin (2011) side 134

¹¹¹ Se Kolstad/Ryssdal (2007) s. 175-177 og sak C-67/96, *Albany*, generaladvokat Jacobs forslag til dom, premiss 216.

¹¹² C-67/96, *Albany*, generaladvokat Jacobs forslag til dom, premiss 216

består av subjekter som hver for seg kvalifiserer som foretak. EU-domstolen har derimot ikke direkte uttrykt at dette er grunnlaget for at fagforeninger ikke regnes som å drive økonomisk aktivitet. I *Albany*¹¹³ måtte domstolen ta stilling til spørsmålet om en tariffavtale mellom arbeidsgiver- og arbeidstakerforeninger skulle regnes som en avtale mellom foretak. Den konkluderte med at dette ikke var tilfellet, og begrunnet dette ut fra hensynet til at det ville undergrave de sosiale formålene med tariffordninger dersom slike avtaler ble underlagt konkurransereglene.¹¹⁴ Denne uttalelsen understreker ytterligere poenget ovenfor, angående arbeidsmarkedets uegnethet i forhold til konkurransereglene. Det samme standpunktet ble gjengitt av EFTA-domstolen i *LO mot KS*.¹¹⁵ Her fremhevet domstolen i tillegg det funksjonelle aspektet ved foretaksbegrepet, ved å poengtere at tariffavtalene var unntatt kun i den grad de sikret rettigheter for arbeidstakere.¹¹⁶ Altså vil ikke deler av slike avtaler, som er overflødige med hensyn til de sosiale formålene nødvendigvis, være skjermet mot konkurransereglenes anvendelse.

3.6 Foretakskonseptet relative aspektet

En sentral konsekvens av den funksjonelle tilnærmingen til foretaksbegrepet, er at spørsmålet om foreleggelsen av et foretak må vurderes ut fra de spesifikke aktiviteter ved virksomheten. Tilnærmingen anlegger slik et relativt aspekt til foretakskonseptet. Med andre ord vil et subjekt kunne regnes som et foretak i relasjon til en del av sin virksomhet, men ikke nødvendigvis i forhold til en annen. I *Aéroports de Paris*¹¹⁷ kom for eksempel EU-domstolen til at et selskap, ADP, som forvaltet to flyplasser i Paris drev dels virksomhet som ikke var av økonomisk art og dels ren kommersiell virksomhet. Selskapet forvaltet infrastrukturen på lufthavnene på vegne av staten, og dette ga det rett til å utøve offentlig myndighet der, blant annet i form av administrasjon og overvåking av offentlig eiendom.

¹¹³ Sak C-67/96, *Albany*

¹¹⁴ Sak C-67/96, *Albany*

¹¹⁵ Sak E-8/00, *LO mot KS*, avsnitt 49

¹¹⁶ Sak E-8/00, *LO mot KS*, avsnitt 50-57

¹¹⁷ Sak C-82/01, *Aéroports de Paris mot Kommisjonen*, Sml. 2002 I-9297

Domstolen var enig med ADP om at dette ikke kunne regnes som økonomisk aktiviteter.¹¹⁸ Videre innebar forvaltningsmyndigheten at selskapet tok leieinntekter fra flyselskaper og andre tjenesteytere for deres bruk av lufthavnsanlegget. Denne delen av virksomheten ble derimot betraktet som ren kommersiell aktivitet, og domstolen kom til at selskapet måtte anses som et foretak i relasjon til disse aktivitetene.¹¹⁹

Dette relative aspektet krever at aktivitetene som drives i en enhet individualiseres og vurderes isolert for å kunne avgjøre konkurransereglenes anvendelse.¹²⁰ I *Hydrotherm*¹²¹ uttalte domstolen at foretaksbegrepet i artikkel 101(1) må forstås i relasjon til den konkrete avtalen i en sak. Dette kan tolkes som at spørsmålet om en aktivitet er økonomiske må vurderes opp mot innholdet i hver enkeltstående avtale. Altså vil vurderingen av om det foreligger et ”foretak” gjøres innenfor den isolerte rammen av et subjekts enkelte avtaler. Dette betyr at det samme subjektet vil kunne regnes for å opptre både innenfor og utenfor konkurranserettens anvendelsesområde, avhengig av den konkrete avtales karakter.

En annen side av foretaksbegrepets relative aspekt er at kvalifiseringen av en aktivitet også kan tenkes å endre seg over tid. På et tidspunkt vil et subjekt kunne regnes som et foretak basert på karakteren av aktiviteter det utøver, og på et senere tidspunkt vil det kunne falle utenfor, fordi enten markedet, aktivitetsområdet eller selve aktiviteten har endret seg.

Relativiteten i foretaksbegrepet kommer klarest frem ved vurderingen av aktivitetene til offentlige organer og organisasjoner uten profittformål. Her vil virksomheten ofte bestå både av økonomisk aktivitet som må underlegges konkurransereglenes anvendelsesområde, og ikke-økonomisk aktivitet som er unntatt.

¹¹⁸ Sak C-82/01, *Aéroports de Paris*, premiss 75-76

¹¹⁹ Sak C-82/01, *Aéroports de Paris*, premiss 77-78

¹²⁰ Se sak 118/85, *Kommisjonen mot Italia*, premiss 7

¹²¹ Sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11-12

3.7 Avslutning

I det foregående kapittelet har det nærmere innholdet i kravet om økonomisk virksomhet blitt analysert, med utgangspunkt i definisjonen fra *Höfner*¹²². En enhet vil kunne kvalifisere som et foretak uavhengig av dets rettslige status og hvordan det er finansiert. Domstolens funksjonelle tilnærmingen gjør at foretaksbegrepet beror på utøvelse av økonomisk aktivitet. Rettspraksis angir at dette i hvert fall gjelder salg av varer eller tjenester. Videre omfattes også kjøp av varer, så langt ikke den videre bruken av de innkjøpte varene er uttrykkelig ikke-økonomiske. For at en aktivitet skal anses økonomisk, er det nødvendig å kunne påvise at foretakssubjektet selv bærer den finansielle risikoen ved virksomheten, i tillegg til at denne i det minste må inneha et potensiale for økonomisk profitt. Den brede definisjonen av økonomisk aktivitet viser at konkurranseretten er et viktig område med tanke på å sikre et effektivt indre marked i EU.

Videre er det klart at noen typer aktiviteter er kategorisk ikke-økonomiske, og omfattes derfor ikke av foretaksbegrepet. Utøvelse av offentlig myndighet vil ikke regnes som økonomisk aktivitet, uavhengig om den utøves av det offentlige eller private. Aktiviteter med en sosial karakter, det vil si som drives med et rent solidaritetsformål, er heller ikke omfattet av foretaksbegrepet. Det samme gjelder arbeidstakere. Ved å skjerme noen aktiviteter fra konkurransereglene, viser EU-domstolen at hensynet til konkurransen på det indre markedet ikke alltid er presiderende, men må avveies opp mot andre sentrale hensyn i EU.

Den funksjonelle tilnærmingen til foretaksbegrepet angir altså at påvisningen av økonomisk markedsaktivitet er det sentrale vurderingstemaet. Ved at fokuset er rettet mot markedsatferd, får foretaksbegrepet et relativt aspekt, som krever at vurderingen av et foretak blir saksspesifikk. Denne dynamiske dimensjonen ved foretaksbegrepet resulterer også i en presisjon og nøyaktighet ved vurderingen av anvendelsesområdet til artikkel 101. Dette ville ikke vært tilfellet dersom begrepet var institusjonelt betinget, altså om det baserte seg på rettslig status. Hadde begrepet for eksempel vært innsnevret til å gjelde kun aksjeselska-

¹²² Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21

per, kunne de materielle konkurranseforbudene blitt vanskelige å håndheve og innskrenke til den faktiske konkurransebegrensende atferden.

4 Konseptet økonomisk enhet

4.1 Innledning

I forrige kapittel ble det redegjort for hva som utgjør kjernen i foretaksbegrepet, nemlig innholdet i ”økonomisk aktivitet”. I dette kapitlet skal foretaksbegrepets ytre grenser underlegges analyse. Hovedproblemstillingen her blir å avklare hva som er rammene for begrepet ”enhet”, slik det er angitt i foretaksdefinisjonen fra *Höfner*.¹²³

Enhetskonseptet har til formål å plassere utøvelsen av den økonomiske aktiviteten hos ett eller flere subjekter, for slik å konkretisere hvem konkurransereglene henvender seg til. Identifiseringen av disse subjektene krever en vurdering av hvor kompetansen til å styre aktiviteten ligger. Det blir dermed nødvendig å reise en første underproblemstilling, om hva som skal til for at et subjekt kan sies å styre en aktivitet. Denne drøftelsen vil vise at enhetskonseptet har to komponenter, nemlig muligheten til å utøve kontroll over enheten og den faktiske utøvelsen av slik kontroll.

Videre må det reises en andre underproblemstilling, som relaterer seg til virkningene av at to eller flere foretak blir betraktet som samme økonomiske enhet. Særlig to konsekvenser kan trekkes frem som sentrale. Den første er at rekkevidden til artikkel 101 innskrenkes, ved at avtaler mellom foretakene innad i samme økonomiske enhet vil falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområdet. Den andre virkningen, er at de enkelte foretakene, som inngår i en felles økonomisk enhet, i noen tilfeller kan bli stilt til ansvar og sanksjonert for markedsatferden til de andre. Disse to konsekvensene vil ikke fremgå i de samme saks-kompleksene, noe som nødvendiggjør en analyse av praksis for å kunne vurdere om enhetskonseptet har undergått en to-sporet utvikling.

¹²³ Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21: ”...enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed”

Med utgangspunkt i disse to underproblemstillingene vil den videre fremstillingen være to-delt. Først drøftes det hva som identifiserer en økonomisk enhet. Deretter vil konsekvensene ved enhetskonseptet og den tilknyttede utviklingen i EU-domstolens praksis analyseres.

4.2 Identifiseringen av en økonomisk enhet

4.2.1 Utgangspunktene

Ved ”enhet”¹²⁴ refereres det til et bestemt rettslig subjekt, som forbudet i TEUF artikkel 101 får anvendelse ovenfor. En økonomisk enhet vil i denne konteksten være subjektet som utøver den økonomiske aktiviteten. Med hensyn til identifiseringen av denne enheten, må det tas stilling til hvem som styrer aktiviteten på markedet. Dette blir et spørsmål om hvilke kriterier som avgjør om man står ovenfor ett eller flere foretak.

En enhet vil ofte kun bestå av ett enkelt subjekt, men de avgjørende premissene for en ”enhet” følger av den funksjonelle tilnærmingen til foretaksbegrepet. Dette fremgår blant annet av *Hydrotherm*¹²⁵, hvor EU-domstolen stadfestet at en økonomisk enhet kan bestå av flere juridiske eller fysiske personer, som på selvstendig grunnlag også kan kvalifisere som separate foretak.¹²⁶ Dette er et uttrykk for den såkalte doktrinen om samme økonomiske enhet. I *Shell*¹²⁷ illustrerte Retten vagheten i dette enhetskonseptet, ved å uttale at en økonomisk enhet vil bestå ”af menneskelige, materielle og immaterielle ressurser, der forfølger et økonomisk mål på lang sikt, og som kan medvirke ved overtrædelser af bestemmelsen”¹²⁸. Dette uttrykker ikke noe mer enn en henvisning til innholdet i økonomisk virksomhet, og at en ”enhet” nødvendigvis må ha rettslig evne. Selve utøvelsen av aktiviteter som virker konkurransebegrensende vil alltid kunne tilbakeføres til et konkret rettslig subjekt, men det

¹²⁴ Sak C-41/90, *Höfner*, premiss 21

¹²⁵ Sak 170/83, *Hydrotherm*

¹²⁶ Sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11-12

¹²⁷ Sak T-11/89, *Shell International Chemical Company mot Kommisjonen*, Sml. 1992 II-757

¹²⁸ Sak T-11/89, *Shell*, avsnitt 311

er ikke nødvendigvis det samme subjektet som styrer atferden. Videre fremgår det av *Viho*¹²⁹ at med hensyn til foretaksbegrepet vil faktumet at flere tilknyttede enheter har en forent markedsatferd fordi de styres av samme beslutningstakere, være presiderende i forhold til det formelle skille mellom dem.

Doktrinen om samme økonomisk enhet har blitt uttrykt på forskjellige måter. I *Béguelin Import*¹³⁰ kom domstolen til at et morselskap og datterselskap måtte anses som det samme foretaket, fordi datterselskapet ikke besatt noen ”økonomisk selvstendighet”.¹³¹ Denne tråden ble senere fulgt opp i blant annet *ICI*¹³², hvor domstolen anga at det relevante elementet for slik økonomisk autonomi må være om de aktuelle foretakene opererer som en samlet enhet på markedet, noe som impliserer at det ene subjektet ikke har noen reel selvstendighet ved fastleggelsen av egen markedspolitikk. Senere har doktrinen også blitt uttrykt ved at et subjekt innehar en kontrollerende posisjon ovenfor et annet.¹³³ En økonomisk enhet bestående av flere subjekter vil altså kunne konstateres ved påvisningen av den ene subjektets manglende selvstendighet, eller et annet subjekts kontrollerende evne. Disse to perspektivene gjengir det samme fenomenet, fordi graden av det ene subjektets manglende selvstendighet vil motsetningsvis reflektere graden av innflytelse for det andre. Det sentrale for en økonomisk enhet er at subjektene i enheten har samme markedspolitikk og utøver en integrert markedsatferd.¹³⁴

Innenfor det som vil klassifisere som samme økonomiske enhet kan det være flere forskjellige konstellasjoner av subjekter. Det mest praktiske er konsernforhold, hvor datterselskaper forbindes med morselskapet. Dette er den vanligste formen for tilknytning hvor ulike rettssubjekter anses som del av samme økonomiske enhet. Fremstillingen videre vil ta ut-

¹²⁹ Sak T-102/92, *Viho mot Kommisjonen*, Sml. 1995 II-17, premiss 50

¹³⁰ Sak 22/71, *Béguelin Import mot G.L. Import Export*, Sml. 1971 I-949

¹³¹ Sak 22/71, *Béguelin Import*, premiss 8

¹³² Sak 48/69, *ICI*

¹³³ Se for eksempel sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11

¹³⁴ Sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11 og sak 48/69, *ICI*, premiss 133

gangspunkt i konstellasjonen bestående av henholdsvis ett mor- og datterselskap.¹³⁵ Konklusjonene for mer kompliserte gruppestrukturer vil uansett være de samme.¹³⁶

I konsernforhold vil, henhold til EU-domstolens rettspraksis, et element av kontroll være det avgjørende, med hensyn til doktrinen om samme økonomiske enhet. Dette anlegger styringskompetanse for morselskapet over datterselskapets markedsatferd. Det sentrale kjennetegnet ved kontroll i konsernkonstellasjonen vil vanligvis være eierskap, som i disse forholdene utgjør utgangspunktet for innflytelse. I *Akzo*¹³⁷ eide for eksempel et morselskap 100% av aksjene i et datterselskap, og med utgangspunkt i dette kom domstolen til at selskapene derfor bestod i samme økonomiske enhet.

Det kan videre stilles spørsmål om doktrinen også omfatter søsterselskaper, det vil si selskaper som er heleide av det samme morselskapet. Dette er ikke avklart av EU-domstolen, men det finnes ingen klare argumenter mot en slik oppfatning. Kommisjonens syn støtter dette ved at den ikke regner søsterselskaper som konkurrenter, selv om de er aktive på det samme markedet, i tillegg til at den gir uttrykk for at forbudet i artikkel 101 ikke vil anvendes på avtaler mellom dem.¹³⁸

Nøyaktig hvor langt doktrinen generelt rekker, er vanskelig å fastsette. Det følger av den foreliggende rettspraksis fra EU-domstolen at det avgjørende spørsmålet er om det ene foretaket i tilstrekkelig grad mangler autonomi til å bestemme over sin atferd på markedet.¹³⁹ Siden dette er et gradsspørsmål, må konklusjonen basere seg på en helhetlig vurdering av de ulike faktorer som er relevante i forhold til henholdsvis selvstendighet og kontroll. Her må det ses hen til de økonomiske, juridiske og organisatoriske forbindelser mellom subjek-

¹³⁵ Men noen særlige bemerkninger til kommisjon- og arbeidstakerforhold under 4.2.4

¹³⁶ Wils(2000) side 112

¹³⁷ Sak C-97/08 P, *Akzo*

¹³⁸ Kommisjonens Retningslinjer for anvendelsen av artikkel 101 på horisontale samarbeidsavtaler, EUT C-11 av 14.01.2011 side 1-72, avsnitt 11

¹³⁹ Se for eksempel sak C-97/08 P, *Akzo*, premiss 54-58 med videre henvisninger

tene.¹⁴⁰ EU-domstolen ga i *AEG-Telefunken*¹⁴¹ uttrykk for at vurderingen kan knyttes opp mot to hovedkomponenter: For det første, om det ene subjektet er i posisjon til å utøve avgjørende innflytelse på det andre, altså om det har anledning til å kontrollere. Og for det andre, om muligheten i denne posisjonen faktisk har blitt utnyttet. Denne tilnærmingen har domstolen fulgt opp i senere saker, men den er kritisert og omstridt.¹⁴² Domstolens praksis er noe uklar med hensyn til den reelle betydningen av skillet, samt forholdet mellom komponentene. Dette vil bli kommentert videre nedenfor.¹⁴³

4.2.2 Kontroll – mulighet for ”avgjørende innflytelse”

Utgangspunktet for fastleggelsen av en økonomisk enhet med flere foretak, er at det må foreligge kontroll hos det ene foretaket over det andre. Dette vil reflektere mangelen på økonomisk selvstendighet hos sistnevnte. Spørsmålet blir dermed i hvilken grad et morselskap har mulighet til å utøve avgjørende innflytelse på datterselskapet markedsatferd. Vurderingstemaet blir her om det underordnede foretaket ikke fritt fastsetter sin egen markedsatferd, men baserer seg på instruksjer fra et overordnet foretak.¹⁴⁴

I *ICI*¹⁴⁵ anførte selskapet Imperial Chemical Industries at det ikke kunne stilles til ansvar for sine datterselskaps deltakelse i kartellvirksomhet. EU-domstolen avviste argumentet med å henvise til at selskapene måtte anses som samme økonomiske enhet, og begrunnet tilknytningen med at Imperial Chemical Industries hadde en mulighet til å ”på avgjørende måte øve indflydelse”¹⁴⁶ på datterselskapenes markedsatferd. Denne formuleringen har i

¹⁴⁰ Sak C-97/08, *Akzo*, premiss 74

¹⁴¹ Sak 107/82, *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonen*, Sml. 1983 I-3151, premiss 50

¹⁴² Se blant annet Jones(2012) side 217, Van Cleynenbreugel(2011) side 28 og 34, og Wils(2000) side 107

¹⁴³ Se kapittel 4.3 og 5 nedenfor

¹⁴⁴ Sak 48/69, *ICI*, premiss 132-133

¹⁴⁵ Sak 48/69, *ICI*

¹⁴⁶ Sak 48/69, *ICI*, premiss 136-137

senere praksis blitt gjengitt som den relevante målestokken for å kunne avgjøre om det foreligger en felles økonomisk enhet bestående av flere foretak.

Begrunnelsen for at kontrollelementets sentrale rolle i vurderingen om det foreligger en økonomiske enhet, er fordi dette plasserer beslutningskompetanse, som videre tyder på forent markedsatferd for subjektene innad i enheten. Fordi den økonomiske virksomheten som kjennetegner et foretak krever aktivitet på markedet, så må nødvendigvis konkurranse-reglene henvende seg til de som styrer denne aktiviteten.

For å kunne etablere en kontrollposisjon, er det altså nødvendig for det overordnede selskapet å ha ”avgjørende innflytelse” på det underordnede selskapet, noe som også vil utgjøre motpolen til mangelen på selvstendighet hos sistnevnte. Graden av et datterselskaps selvstendighet med hensyn til atferd på markedet, må i følge EU-domstolen vurderes ut fra de forskjellige økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelsene til morselskapet.¹⁴⁷ Slike forbindelser representerer typiske kanaler for utøvelse av innflytelse, som videre kan omsettes i kontroll. Avgjørelsen av om det foreligger muligheter for å utøve ”avgjørende innflytelse” beror på en konkret vurdering, slik at en uttømmende liste av type forbindelser som er relevante verken er mulig eller hensiktsmessig å angi.¹⁴⁸ Alle faktorer som vil kunne belyse avhengighetsforholdet mellom et mor- og datterselskap er potensielt relevante.

Domstolen har i flere saker vurdert ulike forbindelser som illustrerer manglende selvstendighet hos et datterselskap i fastsettelsen av egen markedspolitikk. I *ICI*¹⁴⁹ bestod for eksempel forbindelsen i morselskapets mulighet til å påvirke datterselskapets prispolitikk. Videre, i *Commercial Solvents*¹⁵⁰ hadde morselskapet mulighet til å bestemme over pro-

¹⁴⁷ Sak C-97/08, *Akzo*, premiss 58 og 74

¹⁴⁸ Sak C-97/08, *Akzo*, premiss 74

¹⁴⁹ Sak 48/69, *ICI*, premiss 137

¹⁵⁰ Sak C-6/73, *Instituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mot Kommisjonen*, Sml. 1974 I-223

duksjon- og distribusjonsvirksomheten til datterselskapet. Og i *Viho*¹⁵¹ hadde morselskapet etablert et ledelsesorgan med kontroll over ”salgsmaal, bruttofortjeneste, salgsomkostninger, cash flow og varelagre”, i tillegg til at det vedtok produktutvalget, kontrollerte reklamering og instruerte på priser og rabatter.¹⁵² I alle disse sakene konkluderte domstolen med at mor- og datterselskap inngikk i samme økonomiske enhet.

EU-domstolens praksis angir ingen generell standard for nøyaktig hvor den nedre grensen skal trekkes for at et morselskaps innflytelse faktisk kan ha avgjørende effekt. Tilfeller hvor kontroll og avhengighet i en selskapsstruktur er åpenbar, vil i henhold til uttalelsene i blant annet *Viho*¹⁵³ klart nok kvalifisere en økonomisk enhet. Men det er uavklart hvor grensen går for tilfeller hvor kontrollelementet ikke er like sterkt. Det kan være hensiktsmessig å inndelegge sakene etter kontrollintensitet basert på eierskap, for å få frem dette poenget. EU-domstolens praksis underbygger en slik fremstilling, fordi et morselskaps eierskapsandel i datterselskapet ofte anlegges som utgangspunktet for vurderingen om førstnevnte har innflytelse på avgjørelser i sistnevnte. Dette tyder på at eierskapselementet vektlegges i vesentlig grad ved vurderingen. Spørsmålet blir da hvor stor eierskapsandelen må være for å kvalifisere som kontrollerende, det vil si med mulighet for ”avgjørende innflytelse” på markedspolitiske beslutninger. Dette må avgjøres ut fra eierskapsposten med henblikk på prosentdel, da dette reflekterer graden av innflytelse, og videre eierskapselementets vekt.

Med utgangspunkt i forbindelsene mellom to subjekter kan kontroll manifestere seg i enten positiv eller negativ forstand. Positiv kontroll, i denne konteksten, vil innebære at et foretak innehar rettigheter som tillater det å ta strategiske og økonomiske avgjørelser for et annet foretak. Negativ kontroll innebærer at foretaket kun har rettigheter som medfører mulighe-

¹⁵¹ C-73/95, *Viho*

¹⁵² C-73/95, *Viho*, premiss 15

¹⁵³ C-73/95, *Viho*, premiss 15-16

ten til å hindre slike strategiske valg. Disse rettighetene følger av tilknytningen mellom selskapene, hvor gjerne eierskap utgjør den klareste forbindelsen.

I tilfelle av en eierandel på 100%, har EU-domstolen anlagt en presumsjon om at kontrollkriteriet som innfridd.¹⁵⁴ Begrunnelsen for denne presumsjonen er at foretakene i prinsippet da er uatskillelige med hensyn til styring av markedsatferd, og det eneste som separerer dem er formelle strukturer. Vurderingen av ytterligere tilknytningspunkter mellom selskapene vil derfor ikke være nødvendig i disse tilfellene, siden domstolen automatisk formoder at morselskapet vil kunne kontrollere datterselskapet.¹⁵⁵

Hvor et foretak kun har aksjemajoriteten i et annet, foreligger det også en generell formodning om at det overordnede selskapet har kontrollerende innvirkning på det underordnede.¹⁵⁶ I *Commercial Solvents*¹⁵⁷ behandlet for eksempel domstolen to selskaper som samme økonomiske enhet, med grunnlag i at det ene eide 51% av aksjene i det andre. Denne betraktningen baserer seg på en generell selskapsrettslig maktstruktur, hvor utgangspunktet er at flertallet avgjør utfallet av beslutninger. Aksjemajoritetsposisjonen trenger ikke nødvendigvis innebære effektiv kontroll, i den forstand at muligheten for ”avgjørende innflytelse” kan være begrenset, for eksempel av vedtekter, aksjonæravtaler, aksjeklassifisering eller andre årsaker. Kontrollvilkåret må derfor fastsettes ut fra en bredere, faktisk bevisføring, hvor forskjellige uttrykk for ledelseskompetanse vil kunne indikere muligheten for avgjørende innflytelse. Hvorvidt innflytelsen til et morselskap kan graderes til å muliggjøre utøvelsen av ”avgjørende innflytelse” på datterselskapets markedsatferd, må her avgjøres også ut fra de øvrige økonomiske, juridiske og organisatoriske forbindelsene mellom selskapene. I *Commercial Solvents*¹⁵⁸ var derfor det overordnede selskapets dominerende

¹⁵⁴ Se for eksempel sak C-97/08 P, *Akzo*, premiss 60 eller sak 107/82, *AEG-Telefunken*, premiss 50

¹⁵⁵ Sak 48/69, *ICI*, premiss 136-137

¹⁵⁶ Sak T-132/07, *Fuji Electric Co Ltd. mot Kommisjonen*, Sml. 2011 II-4091, premiss 182

¹⁵⁷ Sak C-6/73, *Commercial Solvents*, premiss 6 og 36-37

¹⁵⁸ Sak C-6/73, *Commercial Solvents*

representasjon i styret og i administrasjonen til det underordnede selskapet, viktige tilleggsfaktorer som medvirket til konklusjonen. Domstolen understreket også at den påviste enheten gjaldt i forhold til sakens anliggende, men ikke nødvendigvis i andre relasjoner.¹⁵⁹

Et mulig tredje alternativ for positiv kontroll er hvor et foretak har en minoritetsandel i et annet, men med utvidede rettigheter utover det som er normalt for en minoritetsaksjonær. Dette kan være med typisk henblikk på å beskytte førstnevnte foretaks økonomiske interesse.¹⁶⁰ Rettighetene kan for eksempel bestå i overrepresentasjon for det overordnede foretaket i ledelsen til det underordnede foretaket. I slike tilfeller vil ikke eierskapet i seg selv være tilstrekkelig for å kunne utøve avgjørende innflytelse, men det gjerne være forutsetningen for eventuelle avtaler om forlengelsen av rettigheter. Slik rettighetstilkjennelse kan være basert på hensynet til effektivitet, med tanke på avgjørelser vedrørende markedsatferd og styring. Samlet sett vil da eierskap og de utvidede rettighetene kunne danne forbindelser som antyder en kontrollposisjon for det ene foretaket. Men Retten har uttalt at dette utgangspunktet må underbygges av ytterligere juridiske og økonomiske forbindelseselementer, som taler for en etablert kontrollposisjon.¹⁶¹ I motsetning til konsernforholdene hvor morselskapet eier 100% av datterselskapet, vil kontrollposisjon hos en minoritetsaksjonær være mindre åpenbar, og derav blir nødvendigvis vurderingen og bevisføringen vanskeligere.

I de senere årene har EU-domstolen også gitt inntrykk av at negativ kontroll kan være utgangspunktet for en kontrollposisjon som medfører muligheten for ”avgjørende innflytelse”. Negativ kontroll kan eksempelvis foreligge der at et foretak med 50% eller mindre eierskapsandel i et annet foretak, ikke besitter de tilstrekkelige rettighetene med tanke på å kontrollere markedsatferden. Derimot innehar det en posisjon hvor det kan blokkere avgjø-

¹⁵⁹ Sak C-6/73, *Commercial Solvents*, premiss 38

¹⁶⁰ Sak T-132/07, *Fuji*, premiss 183

¹⁶¹ Sak T-132/07, *Fuji*, premiss 183-184

relser vedrørende markedsatferden i det andre foretaket. Spørsmålet blir da hvilken betydning denne faktoren har i helhetsvurderingen av forbindelsene mellom selskapene.

EU-domstolen har anlagt dette kontrollperspektivet i flere saker relatert til ansvar for morselskaper for såkalte joint venture-selskaper. Definisjonen av "joint venture" varierer noe fra rettsområde til rettsområde og kan i prinsippet omfatte ethvert kommersielt samarbeid mellom to eller flere uavhengige selskaper. I konkurranserettslig kontekst legges det normalt til grunn at konseptet omfatter situasjonen hvor minst to morselskaper integrerer deler av sine virksomheter i et felles datterforetak, som underlegges deres felles kontroll.¹⁶² I disse sakene har morselskapene separat negativ kontroll, men sammen har de tilstrekkelig påvirkningskraft til å kunne kontrollere joint venture-selskapet. Domstolen har vist tilbøyelighet til å anvende doktrinen om samme økonomiske enhet på disse joint venture-tilfellene, fordi morselskapene har kunnet utøve felles kontroll over joint venture-selskapet. Hvis felles kontroll ikke er mulig, vil ikke negativ kontroll isolert være tilstrekkelig.¹⁶³

I *Dow*¹⁶⁴ konkluderte Retten med at de to selskapene Dow og El du Pont inngikk i samme økonomiske enhet som et joint venture-selskap de eide 50% hver av. Retten uttalte at til tross for at selskapene ikke kunne utøve "avgjørende innflytelse" gjennom aktive kontrollposisjoner, ville de kunne gjøre dette passivt gjennom den negative kontrollen som lå i muligheten til å forhindre at joint venture-selskapet tok spesifikke avgjørelser i relasjon til markedsatferden.¹⁶⁵ Konklusjonen ble nylig bekreftet av EU-domstolen, hvor domstolen

¹⁶² Jones/Sufrin (2011), side 985

¹⁶³ Se for eksempel sak T-145/89, *Bausthalgewebe GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 1995 II-987

¹⁶⁴ Sak T-77/08, *Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, Rettens dom av 2. Februar 2012, ikke trykket, tilgjengelig på engelsk på <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-77/08&language=en>

¹⁶⁵ Sak T-77/08, *Dow*, premiss 92

poengterte at muligheten for morselskapene til utøve ”avgjørende innflytelse” på datterselskapet baserte seg nettopp på at de hadde felles kontroll over det.¹⁶⁶

En mulig innvending mot at morselskapene kan utøve ”avgjørende innflytelse” på et joint venture-selskaps markedsatferd, er sammenhengen til Fusjonskontroll-forordningens artikkel 3(4). Denne bestemmelsen angir at opprettelsen av et fellesforetak som ”på varigt grunnlag varetager en selvstendig ervervsvirksomheds samtlige funktioner”, utgjør et såkalt fullfunksjon joint venture.¹⁶⁷ Her uttrykkes det at et slikt fellesforetak er økonomisk selvstendig, noe som prinsipielt også stemmer. Spørsmålet blir om bestemmelsen får noen innvirkning på den foreliggende kontroll-vurderingen, som tross alt er knyttet opp mot artikkel 101 og ikke fusjonsreglene.

Det har i de siste årene vært usikkert om sammenhengen mellom karakteristikken av et joint venture-selskap som følger av fusjonsforordningen, og rekkevidden av doktrinen om samme økonomiske enhet i relasjon til artikkel 101.¹⁶⁸ Men i den nylig avsatte dommen *EI du Pont*¹⁶⁹, uttalte domstolen nokså kortfattet at artikkel 3(4) kun gir uttrykk for en operasjonell autonomi, som ikke utelukker at selskapet kan være uselvstendig med hensyn til strategiske valg. Altså virker det nå klart at doktrinen om samme økonomiske enhet kan legges til grunn i tilfelle av felles kontroll hos morselskaper, over et fullverdig joint venture-selskap.

¹⁶⁶ Sak C-179/12, *Dow Chemical Company mot Kommisjonen*, domstolens dom av 26. September 2013, ikke trykket, tilgjengelig på engelsk: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-179/12&language=en> , premiss 49

¹⁶⁷ Artikkel 3(4) i Rådets Forordning(EF) nr. 139/2004 (fusjonsforordningen)

¹⁶⁸ Se for eksempel Wils(2000) og Jones (2012) side 313

¹⁶⁹ Sak C-172/12 P, *EI du Pont Nemours and Company mot Kommisjonen*, domstolens dom av 26. September 2013, ikke trkke, tilgjengelig på engelsk: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62012CJ0172:EN:HTML> , premiss 52

Etter dette fremgår det avgjørende i vurderingen av om flere selskaper inngår i samme økonomiske enhet, å fastlegge i hvilken grad et morselskap har mulighet til å utøve ”avgjørende innflytelse” på datterselskapet markedsatferd. EU-domstolen angir at dette beror på de juridiske, organisatoriske og økonomiske båndene mellom selskapene, hvor eierskap typisk danner utgangspunktet og særlig vektlegges. En eierandel på 100% innebærer helt sikkert en kontrollmulighet, men det er uklart hvor stor vekt som skal tillegges lavere eierandeler. Den nedre grensen med tanke på eierskapsandel og kontroll er usikker. Ved joint venture-samarbeid vil morselskapenes felles kontroll kunne medføre at de vil anses som del av samme økonomiske enhet som joint venture-selskapet.

4.2.3 Utøvelse av ”avgjørende innflytelse”

Den andre komponenten EU-domstolen har oppstilt i vurderingen av om et datterselskap i tilstrekkelig grad mangler autonomi til å selvstendig fastsette egen markedsatferd, er om ”avgjørende innflytelse” faktisk er utøvet. Det følger av blant annet *Stora Kopparbergs Bergslag*¹⁷⁰ at for å kunne ilegge et morselskap ansvar for datterselskapets atferd, er ikke stadfestelsen av at førstnevnte er i kontrollposisjon i forhold til sistnevnte tilstrekkelig. For å kvalifisere foretakene som samme økonomiske enhet i denne forbindelsen, må muligheten til å utøve ”avgjørende innflytelse” også faktisk ha blitt utnyttet. Dette blir et spørsmål om faktisk bevisføring for at morselskapet har handlet kontrollerende ovenfor datterselskapet.

EU-domstolens praksis har i hovedsak kun diskutert kravet om utøvelse av ”avgjørende innflytelse” i saker som angår morselskapers ansvar for datterselskapers atferd. Den videre analysen består derfor utelukkende av referanser til denne typen saker. Men domstolen ga i *AEG-Telefunken*¹⁷¹ nokså klart uttrykk for at dette vilkåret også gjelder i saker angående

¹⁷⁰ Sak C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslag mot Kommisjonen*, Sml. 2000 I-9925, premiss 23

¹⁷¹ Sak 107/82, *AEG-Telefunken*, premiss 50

rekkevidden av artikkel 101. Spørsmålet om denne komponentens betydning for rekkevidden av artikkel 101 vil nærmere belyses under punkt 4.3 nedenfor.

I tilfelle hvor et foretak har en eierandel på 100% i et annet, har EU-domstolen lagt til grunn en presumsjon om at morselskapet utøver en ”avgjørende innflytelse” på det underordnede selskapet.¹⁷² Denne presumsjonen har også blitt anvendt på forhold som har vært tilnærmet lik 100%, blant annet av Retten i *Elf Aquitaine*¹⁷³ hvor det var tale om en 97% eierandel. Denne presumsjonen betyr at vurderingen om et foretak innehar en kontrollposisjon, og vurderingen om utøvelsen av kontroll, vil utgjøre den samme, med hensyn til heleide, og tilnærmet lik heleide datterselskap. I etterforskningen av om to foretak utgjør samme økonomiske enhet, er det i så fall tilstrekkelig for Kommisjonen å bevise eierskapsandelen. Denne praksisen skaper en enklere prosess for Kommisjonen, fordi bevisføringen for faktisk utøvelse av kontroll vil være vanskelig å utskille fra bevisene for muligheten til å utøve kontroll. Videre underbygger presumsjonen reglenes effektivitet, fordi den faktiske påvirkningen ellers ville vært relativt enkel å skjule for selskapene gjennom forskjellige mekanismer.

Det er flere kritiske innvendinger til presumsjonen som legges til grunn ved tilnærmet lik 100% eierskapsandel. For eksempel kan det stilles spørsmål om presumsjonen gjelder eller kan motbevises for et selskap som eier 98% av aksjene i et annet, men hvor dette er B-aksjer uten påvirkningsrettigheter.¹⁷⁴ Trekkes dette opp mot vurderingens faktiske tema, nemlig om det overordnede selskapet har utøvet noen form for ”avgjørende innflytelse”, vil trolig spørsmålet måtte besvares avkreftende. Men spørsmålet belyser en problematisk side ved anleggelsen av en slik presumsjon.

¹⁷² Se for eksempel Sak C-286/98 P, *Stora Kopparbergs Bergslag*, premiss 29 og sak C-97/08, *Akzo*, premiss 60

¹⁷³ Sak T-299/08, *Total og Elf Aquitaine mot Kommisjonen*, Sml 2011 II-2149

¹⁷⁴ Om A- og B-aksjer, se Andenæs(2006) side 134

Presumsjonen medfører videre at det påligger morselskapet å motbevise om det har vært utøvet bestemmende påvirkning. Ut fra praksis kan det virke som om beviskravene er relativt strenge. I følge Retten i *Akzo*¹⁷⁵, må morselskapet bevise at det ikke har hatt muligheten til å spesifikt påvirke datterselskapets prispolitikk, produksjon- og distribusjonsaktiviteter, eller ”salgsmål, bruttofortjeneste, salgsomkostninger, cash flow, varelagre og markedsføring”¹⁷⁶. I tillegg kan morselskapet fremheve andre relevante faktorer i relasjon til økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser til datterselskapet, som taler for en økonomisk atskillelse dem i mellom.¹⁷⁷ En kritisk tilnærming til disse uttalelsene tilsier at morselskapet i realiteten må bevise at det ikke har hatt en kontrollposisjon i forhold til datterselskapet, noe som i praksis er en umulighet siden forholdets natur impliserer en grad av kontroll.¹⁷⁸ Per dags dato foreligger det ingen saker fra EU-domstolen hvor noen har lyktes i å fremstille tilstrekkelig bevis. Dette har ledet til at det har blitt stilt spørsmål ved om presumsjonen i det hele tatt er mulig å motbevise.¹⁷⁹ EU-domstolen har uttrykkelig motsatt seg dette, selv om domstolens faktiske praksis kan karakteriseres som streng.¹⁸⁰

I *Eni*¹⁸¹ kom domstolen til at mor- og datterselskap inngikk i samme økonomiske enhet, til tross for at morselskapet aldri hadde operert direkte i den markedssektoren hvor regelover-tredelsen av datterselskapet hadde skjedd. Morselskapet var et holdingselskap som hovedsakelig hadde finansiell interesse i datterselskapet. Det var også klart at ledelsene i de to selskapene ikke overlappet, og at morselskapet ikke hadde noen direkte innvirkning gjennom andre personlige forbindelser. Morselskapet anførte ytterligere at det ikke hadde inn-

¹⁷⁵ Sak T-112/05, *Akzo*

¹⁷⁶ Sak T-112/05, *Akzo*, premiss 64

¹⁷⁷ Sak T-112/05, *Akzo*, premiss 65

¹⁷⁸ Se Van Cleynenbreugel (2011) side 34

¹⁷⁹ Se for eksempel Generaladvokat Bot i C-201/09 P, *ArcelorMittal Luxembourg SA mot Kommisjonen*, Sml 2011 I-2239, premiss 212-213

¹⁸⁰ Sak C-508/11 P, *Eni SpA mot Kommisjonen*, ikke trykket, tilgjengelig på engelsk: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62011CJ0508:EN:HTML>, premiss 68

¹⁸¹ Sak C-508/11 P, *Eni*

sikt eller kontroll i datterselskapets strategiske og kommersielle planlegging, og at det ikke hadde vært involvert i fastsettelsen av prispolitikk eller produksjonen.¹⁸² Domstolen mente at disse argumentene bekreftet at datterselskapet var selvstendig på et operasjonelt nivå, men at det også må bevises selvstendighet på det finansielle nivået for å unngå at presumsjonen legges til grunn.¹⁸³ Denne dommen illustrerer hvor vanskelig det faktisk er for morselskap å motbevise at det ikke har utøvet ”avgjørende innflytelse” i tilfelle hvor datterselskapet er heleid.

I tilfeller hvor morselskapet ikke har opp mot 100% eierandel i datterselskapet, vil ikke presumsjonen om utøvelse av ”avgjørende innflytelse” kunne anvendes direkte. Her blir det nødvendig å undersøke de faktiske omstendighetene for å kunne fastsette om det har blitt utøvet ”avgjørende innflytelse”.¹⁸⁴ Bevisbyrden for å påvise dette ligger nå hos Kommisjonen, fordi mangelen av klarhetselementet ved 100% eierskap gjør det nødvendig med en mer inngående vurdering. Terskelen her virker ut fra EU-domstolens praksis å være satt relativt lavt. Det avgjørende ser ut til å være om morselskapets utøvelse av innflytelse har vært såpass intensiv¹⁸⁵, i lys av de økonomiske, juridiske og organisatoriske forbindelsene mellom selskapene, at den kan regnes for å ha vært styrende for datterselskapets markedsatferd. Spørsmålet blir altså hvor mye som skal til for at utøvelse av ”avgjørende innflytelse” skal anses bevist.

Ut fra EU-domstolens praksis virker denne problemstillingen som å være mest satt på spissen i forhold mellom morselskaper og joint venture-selskap. Domstolen har gitt uttrykk for at den felles kontroll som ligger hos morselskapene, kan være grunnlag for en forent økonomiske enhet mellom disse og joint venture-selskapet. Gjennom flere saker har domstolen

¹⁸² Sak C-508/11 P, *Eni*, premiss 65-66

¹⁸³ Sak C-508/11 P, *Eni*, premiss 68

¹⁸⁴ Sak C-179/12, *Dow*, premiss 56

¹⁸⁵ Se sak C-97/08, *Akzo*, Generaladvokat Kokotts forslag til dom, premiss 93

fulgt en linje hvor felles kontroll har vært utgangspunkt for å påvise en økonomisk enhet, for så å ilegge ansvar hos morselskapene for joint venture-selskapets atferd.

Denne linjen startet med *Avebe*¹⁸⁶, hvor Retten kom til at to morselskaper, som eide 50% hver i et joint venture-selskap, måtte begge anses for å utgjøre en samlet økonomisk enhet med datterselskapet. Retten begrunnet dette med at situasjonen måtte betraktes analogisk med forholdet hvor ett morselskap kontrollerer et heleid datterselskap. Selskapene utøvede felles kontroll over joint venture-selskapet, blant annet gjennom en oppnevnt styregruppe bestående av to direktører med kontrollkompetanse i forhold til joint venture-selskapet. I tillegg var morselskapene solidarisk ansvarlige for joint venture-selskapet sine forpliktelser.¹⁸⁷ Den samlede vurderingen av styringskompetansen og eierskapsforholdet mente Retten at måtte sammenliknes med situasjonen hvor et morselskap eier 100% av sitt datterselskap, slik at presumsjonen om at ”avgjørende innflytelse” faktisk har vært utøvet, også måtte gjelde her.¹⁸⁸ Sakens overføringsverdi er likevel noe begrenset, siden det omtalte joint venture-selskap egentlig var et særsubjekt fra nederlandsk rett, som avvek fra standardforståelsen av et ”joint venture” ved å ikke inneha noen form for selvstendig juridisk evne.

Prinsippet om felles kontroll ble likevel bekreftet i *Fuji*¹⁸⁹. Her kom Retten til at selskapet Fuji hadde faktisk utøvet ”avgjørende innflytelse” på markedsatferden til et joint venture-selskapet det eide 50% av. Dette ble begrunnet ut fra en helhetsvurdering hvor morselskapenes felles kontroll var utslagsgivende for konklusjonen. Det blant annet vektlagt at det i joint venture-avtalen ble bestemt at morselskapene, Fuji og Hiatchi, måtte være enige om strategiske avgjørelser for selskapet, i tillegg til at flere nøkkelpersoner i selskapenes ledel-

¹⁸⁶ Sak T-314/01, *Avebe BA mot Kommisjonen*, Sml. 2006 II-3085

¹⁸⁷ Sak T-314/01, *Avebe*, premiss 137-138

¹⁸⁸ Sak T-314/01, *Avebe*, premiss 138

¹⁸⁹ Sak T-132/07, *Fuji*

ser også hadde stillinger i joint venture.¹⁹⁰ Her fløt altså vurderingskomponentene over i hverandre.

Videre, i *Dow*¹⁹¹, uttalte Retten at morselskapets innflytelse ikke nødvendigvis trenger å være et direkte resultat av spesifikke instruksjoner eller mekanismer for medbestemmelse. Denne uttalelsen taler ytterligere for en lav terskel. Instruksjoner og medbestemmelse vil klart nok være indikasjoner på kontrollerende innflytelse, men fraværet av slike direkte påvirkningskanaler fører ikke nødvendigvis til den motsatte konklusjonen.¹⁹² Selv et selskaps plassering innad i et konsern kan ha innvirkning på markedsatferden, typisk ved at det kan virke bestemmende for hvem det skal konkurrere med.¹⁹³ Ut fra disse momentene kan det virke som det skal nokså lite til for å stadfeste faktisk påvirkning, og at hensynet til Kommisjonens gjennomslag for ansvarstilskrivelse blir særlig vektlagt.

I disse sakene, hvor eierskapsandelen til morselskapet har vært vesentlig mindre enn 100%, har domstolen i stor grad basert seg på økonomiske og organisatoriske forbindelser, og dedusert utøvelse av ”avgjørende innflytelse” fra disse.¹⁹⁴ Samtidig må det bemerkes at domstolen flere ganger har uttalt at slike forbindelser også er bevis for at det foreligger et mulighet for å utøve ”avgjørende innflytelse”.¹⁹⁵ Etter dette kan det stilles spørsmål ved betydningen av domstolens uttalelser om at både foreleggelsen av en kontrollposisjon, og den faktiske utøvelsen av denne, må vurderes. Ut fra de sakene som har vært oppe for domstolen kan det argumenteres for at det egentlig ikke skilles klart mellom disse to elementene, og at stadfestingen av at det overordnede foretaket har en mulighet til å utøve bestem-

¹⁹⁰ Sak T-132/07, *Fuji*, premiss 193 og 199

¹⁹¹ Se uttalelsene i sak T-77/08, *Dow*, premiss 77

¹⁹² Se sak C-52/69, *Geigy AG mot Kommisjonen*, Sml. 1972 I-787, premiss 44-45

¹⁹³ Se sak C-97/08, *Akzo*, Generaladvokat Kokotts forslag til dom, premiss 92

¹⁹⁴ Se uttalelsene i sak T-77/08, *Dow*, premiss 77 og 101

¹⁹⁵ Se for eksempel sak 107/82, *AEG-Telefunken*, premiss 50

mende påvirkning ofte har vært tilstrekkelig.¹⁹⁶ Dette vil drøftes videre i kapittel 4.3 nedenfor.

4.2.4 Særlig om kommisjon- og arbeidstakerforhold

Også andre typer forhold, utover konsernforholdene, bestående av flere rettslig adskilte subjekter, kan illustrere en økonomisk enhet. Det kan tenkes sammensetninger av både juridiske og naturlige personer. Her er det ikke nødvendigvis tale om subjekter som er forbundet gjennom eierskap, men hvor kontrollaspektet gjør seg gjeldende på en litt annen måte. I lys av rettspraksis fra EU-domstolen kan særlig to typer forhold fremheves,: kommersielle agentavtaler (kommisjonsforhold), og arbeidstakerrelasjonen.

I et kommisjonsforhold, og liknende former for vertikale avtalestrukturer, kan kommittenten, som i utgangspunktet er selvstendig utover avtaleforholdet, inngå i samme økonomiske enhet som kommisjonæren. Det karakteristiske ved disse type forhold er at det underordnede foretaket driver en virksomhet enten på vegne av, eller med tillatelse fra den overordnede enheten. Det avgjørende moment med hensyn til foretaksbegrepet og disse avtalestrukturene er om den underordnede enheten bærer noen kommersiell eller økonomisk risiko i forbindelsen med salget av varer til tredjeparter.¹⁹⁷ Kommersiell risiko innebærer å bære kostnadene ved virksomheten og slik sett være henholdsvis utsatt ved økonomisk tap og begunstiget ved gevinst. Dersom det underordnede subjektet ikke bærer noen risiko, vil dette tyde på uselvstendighet og at subjektet må anses som en del av den overordnede enheten. I *Suiker Unie*¹⁹⁸ ble flere avtaler om handelsrepresentasjon mellom en tysk produsent og flere sukkerdistributører underlagt anvendelsesområdet til artikkel 101. Deltakerne i det vertikale forholdet ble ikke regnet som samme økonomiske enhet, fordi kun en mindre del av distributørenes totalsalg var på produsentens vegne, og den resterende virksomheten ble

¹⁹⁶ Jones(2012) side 317 og Wils(2000) side 106-107

¹⁹⁷ Sak C-217/05, *Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio mot Compania Espanola de Petroleos SA*, Sml. 2006 I-11987, premiss 46

¹⁹⁸ Sak C-40/73, *Sukier Unie m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1975 I-1663

drevet på egen risiko. Den samme konklusjonen kom EU-domstolen til i *Bundeskartellamt mot Volkswagen*¹⁹⁹ om avtaler mellom en bilprodusent og forhandlere, og i *CEES*²⁰⁰ om forholdet mellom drivstoffprodusenten og en bensinstasjon-kjede.

I disse sakene ble doktrinen om samme økonomiske enhet anført som et forsvar mot etterforskning av brudd på forbudet mot konkurransebegrensende avtaler, men EU-domstolen avviste anvendelse av doktrinen ut fra vurderingen av risikoplassering og selvstendighet i avtaleforholdet. I *Kommisjonens retningslinjer for vertikale restriksjoner*²⁰¹ kommer det også til uttrykk at slike vertikale avtalestrukturer ikke omfattes av artikkel 101. Avsnitt 18 angir, i likhet med sakene ovenfor, at i disse avtalene vil agenter anses som en del av agentgiverens virksomhet, fordi all kommersiell og finansiell risiko er samlet hos sistnevnte.²⁰²

Arbeidsforhold²⁰³ forstås gjerne tilsvarende som de nevnte agentforholdene. EU-domstolen uttalte i *Straffesak mot Becu*²⁰⁴ at arbeidstakere vil anses som en del av samme økonomisk enhet som arbeidstakeren, fordi virksomheten er integrert i arbeidsgiverens virksomhet, i tillegg til å basere seg på instruksjoner fra sistnevnte og utøves også på dennes risiko.²⁰⁵ Her ligger det et klart element av kontroll, som leder til at arbeidstakere ikke kan anses som selvstendig i forhold til det konkurranserettslige foretaksbegrepet. Som nevnt ovenfor kan et individ konstituere et foretak i konkurranserettslig forstand, men i rollen som arbeidstaker vil altså doktrinen om samme økonomiske enhet medføre en implementering av arbeidstakerens virksomhet i arbeidsgivers virksomhet. Begrunnelsen for dette ligger i arbeidsforholdets karakteristikk: Konkurransereglene passer dårlig på arbeidsforhold, da det

¹⁹⁹ Sak C-266/93, *Bundeskartellamt mot Volkswagen og VAG Leasing GmbH, Sml. 1995 I-3477*

²⁰⁰ Sak C-217/05, *CEES*

²⁰¹ Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger, EUT C-130/1 2010, seksjon II

²⁰² EU Kommisjonens retningslinjer for vertikale begrensninger, EUT C-130/1 2010, seksjon II, avsnitt 18

²⁰³ Se også 3.5.4

²⁰⁴ Sak C-22/98, *Straffesak mot Becu*

²⁰⁵ Sak C-22/98, *Straffesak mot Becu*, premiss 26

er en rekke andre hensyn som gjør seg gjeldene enn rene markedsøkonomiske betraktninger.²⁰⁶

Etter dette kan det stilles spørsmål om enten arbeidstaker eller et underordnet foretak inngår i økonomisk enhet med det overordnede foretaket, i tilfeller hvor førstnevnte utøver handlinger som er utenfor myndighetsområdet som er angitt av sistnevnte. For eksempel hvor kommittenten handler på andre vilkår enn de kommisjonæren har fastlagt, eller arbeidsgiveren handler utenfor sin jobbeskrivelse. Dette må besvares bekreftende. I lys av kontrollmomentet som følger av risikofordelingen mellom dem, må det overordnede foretaket også anses ansvarlig for handlinger som er utenfor angitte instruksjoner. EU-domstolen har uttalt at det ikke er en nødvendighet at det overordnede foretaket har dirigert eller i det hele tatt hatt kjennskap til det underordnedes handlinger, så lenge sistnevnte har vært be- myndiget til å handle på vegne av foretaket.²⁰⁷

4.2.5 Sammendrag

Uavhengig av hvordan foretakskonstellasjonen ser ut, har EU-domstolen konstatert at det sentrale elementet i en økonomisk enhet er kontroll. Kontroll innebærer styringskompetanse. Et subjekts manglende selvstendighet i forhold til egen markedsatferd, fordi denne fastsettes av et annet subjekt, impliserer at subjektene er del av en felles økonomisk enhet. Vurderingen av om det foreligger en kontrollposisjon baserer seg på de økonomiske, juridiske og organisatoriske forbindelsene mellom subjektene. I selskapsforhold relaterer disse seg gjerne til eierskap av aksjer, mens i kommisjon- og arbeidstakerforholdet er heller plasseringen av den kommersielle risikoen og instruksmyndighet de relevante momentene for kontrollvurderingen. Fellesnevneren for alle økonomiske enheter er at de er konstituert med grunnlag i plasseringen av styringsmakt, noe som impliserer at de også gjerne består i vertikale forhold mellom foretak.

²⁰⁶ C-67/96, *Albany*, generaladvokat Jacobs forslag til dom, premisser 215-216

²⁰⁷ Sak C-100/08, *SA Musique Diffusion française m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1983 I-1825, premiss 97

Med hensyn til konsernforhold kan det veldig ofte være vanskelig å skille mellom kontrollmulighet som et selvstendig komponent, i forhold til den faktiske utøvelsen av ”avgjørende innflytelse”. Det er nødvendig å vurdere kontrollmulighet som et separat element ut fra hensynet til foretaksbegrepets effektivitet. Som nevnt, vil foretaksbegrepet være avgjørende med hensyn til anvendelsesområdet for forbudet i artikkel 101. Det ville innsnevret forbudets nedslagsfelt, dersom det skulle vært nødvendig å bevise faktisk utøvelse av ”avgjørende innflytelse” for å påvise en økonomisk enhet, fordi dette er vanskeligere å bevise enn kun muligheten for slik påvirkning. Samtidig er ikke påvisning av kontrollmulighet tilstrekkelig for å ilegge ansvar for et morselskap, på grunn av prinsippet om personlig ansvar.²⁰⁸ I henhold til dette prinsippet er det nødvendig å fastsette direkte forbindelse mellom overtredelsen av artikkel 101 og selskapet som stilles til ansvar. Her vil vilkåret om faktisk utøvelse av ”avgjørende innflytelse” legitimere ansvarstilskrivelsen.

Doktrinen om samme økonomiske enhet kan enten medføre at et forhold faller utenfor anvendelsesområdet til artikkel 101, eller at subjekter uten direkte tilknytning til konkurransebegrensende atferd blir pålagt ansvar for denne. Neste kapittel vil ta for seg betydningen av disse virkningene ved doktrinen om samme økonomiske enhet, for foretaksbegrepet.

4.3 Utviklingen av foretaksbegrepet gjennom doktrinen om samme økonomiske enhet

4.3.1 Innledning

EU-domstolens praksis gir uttrykk for at anvendelsen av doktrinen om samme økonomiske enhet, med hensyn til foretaksbegrepets nedslagsfelt, reiser særlig to problemstillinger i relasjon til artikkel 101. Den første problemstillingen angår avtaler mellom foretak innenfor samme økonomiske enhet, og spørsmålet om når disse faller utenfor rekkevidden til

²⁰⁸ Se også kapittel 4.3.3 nedenfor

artikkel 101(1). Den andre problemstillingen relaterer seg til spørsmålet om når morselskaper kan tilskrives ansvar for sine datterselskapers overtredelser.

Disse problemstillingene er sjelden tema i samme sak, fordi i saker angående rekkevidden av artikkel 101 vil doktrinen påberopes som et forsvar for selskapene, mens i saker om morselskapsansvar vil doktrinen fungere som grunnlag for Kommisjonen til å anføre utvidelsen av kretsen for ansvarssubjekter. Spørsmålet blir derfor om foretaksbegrepet har fulgt en to-sporet utvikling, i forhold til den nedre grensen for kontrollkriteriet og ved betydningen av komponenten om utøvelsen av ”avgjørende innflytelse”.

4.3.2 Rekkevidden til artikkel 101

Problemstillingen her er hva som er enhetskonseptets grenser i saker som gjelder rekkevidden til artikkel 101. Spørsmålet i disse sakene er om de aktuelle foretakene i en sak har handlet selvstendig eller i kapasitet av å være en del av en felles økonomisk enhet. Dersom sistnevnte, vil avtaler og samordnet opptreden mellom disse subjektene faller utenfor rekkevidden til artikkel 101. Dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd. Slike avtaler blir for konkurranserettens anliggende i stedet ansett som en konsernintern allokering av funksjoner.²⁰⁹ Årsaken er at subjekter som utgjør samme enhet simpelthen ikke kan drive konkurranse med hverandre²¹⁰, fordi den kontrollerende evnen som avgjør markedsatferden ligger hos en og samme beslutningstaker. Disse avtalestrukturene har derfor ingen konkurransebegrensende effekt, og er verken egnet eller ment å falle inn under forbudet.

Den nedre grensen for en ”enhet” avgjøres etter fastsettelsen av en kontrollposisjon, som drøftet ovenfor. Spørsmålet blir om negativ og felles kontroll vil kvalifisere en økonomisk enhet med hensyn til rekkevidden av artikkel 101, med grunnlag i sakene angående morsel-

²⁰⁹ Sak 30/87, *Bodson*, premiss 19

²¹⁰ Sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11

skapers bøteansvar. I så fall vil doktrinen strekkes lengre enn bestemmelsens formål, ved at blant annet avtaler innad i et konsern vil omfattes.

Kommisjonen har ved flere anledninger vist motvilje til å regne joint venture-selskaper og morselskaper som samme økonomiske enhet, med hensyn til om avtaler mellom disse subjektene omfattes av artikkel 101. I *IJesselcentrale*²¹¹ hadde fire elektrisitetsselskaper dannet et joint venture-selskap, med funksjon om å virke som et middel for samarbeid mellom dem. Det ble anført at selskapene inngikk i samme økonomiske enhet, fordi de var del av et felles, udelelig distribusjonssystem av elektrisitet, og at en avtale med joint venture-selskapet som de felles kontrollerte derfor ikke falt inn under forbudet i artikkel 101. Retten avviste dette, fordi selskapene hver for seg førte en individuell markedsatferd og ble ikke kontrollert av en felles beslutningstaker.²¹² Retten vurderte ikke engang om felleskontrollen var grunnlag for å påvise en felles økonomisk enhet. Avgjørelsen i *IJesselcentrale* er også i tråd med EU-domstolens konklusjon i *Centrafarm*²¹³, hvor den uttalte at kun avtaler mellom selskaper innenfor samme konsern faller utenfor forbudet i artikkel 101. Disse avgjørelsene kan tolkes som argumenter mot at negativ eller felles kontroll vil kvalifisere en ”enhet” i saker som angår rekkevidden av artikkel 101.

Videre, i *Gosmè/Martell-DMP*²¹⁴ antydet Kommisjonen at negativ kontroll ikke var tilstrekkelig grunnlag for å påvise at Martell og joint venture-selskapet DMP var del av samme økonomiske enhet. En avtale mellom selskapene var derfor underlagt anvendelsesområdet til artikkel 101. Kommisjonens begrunnelse var at Martell ikke var i en kontrollposisjon i forhold til DMP, til tross for at det hadde 50 % av både aksjekapitalen og ledelsesrepresentasjonen i selskapet. Denne avgjørelsen insinuerer ytterligere at hensynet bak artikkel

²¹¹ Kommisjonens beslutning IV/32.732, *IJesselcentrale*, EFT L-28/32

²¹² Kommisjonens beslutning IV/32.732, *IJesselcentrale*, premiss 24

²¹³ Sak C-15/74, *Centrafarm BV m.fl. mot Sterling Drug*, Sml. 1974 I-1174, premiss 41

²¹⁴ Kommisjonens beslutning IV/32.186, *Gosmè/Martell-DMP*, EFT L185/23

101, om å ramme potensielt konkurransebegrensende avtaler, ikke burde være gjenstand for uthuling gjennom doktrinen om samme økonomiske enhet.

Et ytterligere argument er at en vid anvendelse av doktrinen om samme økonomiske enhet, vil kunne danne grunnlag for spekulasjon hos selskaper om å bruke joint venture-instituttet til å maskere en konkurransebegrensende agenda. Dette vil svekke effektiviteten til artikkel 101. Slik unngåelse vil derimot trolig kunne dekkes av ordlyden ”sammenslutning af virksomheder” i artikkel 101.²¹⁵ Men det kan stilles spørsmål ved om en såpass innviklet tolkningspraksis er særlig hensiktsmessig med tanke på reglenes effektivitet og klarhet.

Nyere rettspraksis om morselskapsansvar kan derimot hentyde mot at felles kontroll av et joint venture-selskap også bør være en tilstrekkelig forbindelse med hensyn til doktrinen i forhold til rekkevidden til artikkel 101. I *Dow*²¹⁶ ble morselskapene holdt ansvarlig for atferden til joint venture-selskapet. EU-domstolen uttalte at til tross for at joint venture-selskapet var fullfunksjonerende²¹⁷, altså operasjonelt selvstendig, så kunne det være strategisk uselvstendig og sådan utgjøre samme enhet som morselskapet.²¹⁸ Hensynet til sammenhengen mellom artikkel 101 og fusjonsreglene, taler da for at felles kontroll også bør legges til grunn i saker angående rekkevidden av bestemmelsen.

Det neste spørsmålet er hvor foretaksbegrepets øvre grense går, med hensyn til rekkevidden til artikkel 101. Det vil si, et spørsmål om nødvendigheten av å bevise utøvelse av ”avgjørende innflytelse”. Til tross for domstolens uttalelse i *AEG-Telefunken*²¹⁹, om at begge komponenter må påvises, har vilkåret til utøvelse av ”avgjørende innflytelse” primært blitt tilknyttet morselskapsansvar i senere praksis.²²⁰

²¹⁵ Se sak C-309/99, *Wouters*, generaladvokat Lègers forslag til dom, premiss 62

²¹⁶ Sak C-179/12 P, *Dow*

²¹⁷ Se artikkel 3(4) i fusjonsforordningen

²¹⁸ Sak C-179/12 P, *Dow*, premiss 65

²¹⁹ Sak 107/82, *AEG-Telefunken*, premiss 50

²²⁰ Se sak C-179/12, *Dow*, premiss 58, og nærmere drøftelse i kapittel 4.3.3 nedenfor

Vurderingen om utøvelse av ”avgjørende innflytelse” er som nevnt strengere enn vurderingen av muligheten for dette. Ut fra sakene om rekkevidden av artikkel 101 som foreligger fra EU-domstolen og Kommisjonen, kan det virke som om nødvendigheten av å konkret bevise faktisk utøvelse av ”avgjørende innflytelse” er noe dempet. Dette kan nemlig, i henhold til domstolens uttalelser, i flere tilfeller deduseres fra fastleggelsen av muligheten for kontroll. Ved 100% eierskap gjelder for eksempel presumsjonen om at morselskap faktisk har utøvet ”avgjørende innflytelse”.²²¹ I tilfeller hvor eierskapsandelen har vært lavere, har økonomiske og juridiske forbindelser mellom selskapene vært tilstrekkelig, fordi beviskravet er satt så lavt.²²² Dette kan tolkes som om det ikke er nødvendig å bevise utøvelse av ”avgjørende innflytelse”, for at artikkel 101 får anvendelse.

4.3.3 Morselskapers bøteansvar

I det følgende vil spørsmålet være hvor grensene går for enhetskonseptet i sakene angående morselskapets bøteansvar for datterselskapets overtredelse av artikkel 101. Dette reiser to underspørsmål, nemlig hvor den nedre grensen går og hva som er betydningen av det ytterligere kravet til utøvelse av ”avgjørende innflytelse”.

Den nedre grensen vil angi det minste som må til for at doktrinen om samme økonomiske enhet får anvendelse på forholdet mellom selskapene. Dette relaterer seg til fastleggelsen av morselskapets mulighet for kontroll, som drøftet ovenfor. I praksis har EU-domstolen strukket dette til å omfatte felles kontroll mellom morselskaper i forbindelse med et joint venture.²²³

²²¹ Sak C-97/08, *Akzo*, premiss 60

²²² Se uttalelsene i sak T-77/08, *Dow*, premiss 77, 81 og 101

²²³ Se kap 4.2.2 ovenfor

Bakgrunnen for at EU-domstolen har strukket enhetskonseptet så langt i forhold til morselskapsansvar, har trolig å gjøre med effektiviteten av forbudet i artikkel 101. Formålet med domstolens strenge praksis, virker å være å ramme den reelle kilden til den konkurransebegrensende atferden, samt stadfeste forbudets autoritet på markedet. Ved brudd på de materielle konkurransereglene er bøteleggelse den mest bebyrdende reaksjonen tilgjengelig for Kommisjonen. Kompetansen til å bøtelegge følger av artikkel 23(2) i Forordning 1/2003²²⁴. Morsselskapsansvar vil resultere i at den økonomiske dimensjonen av en overtredelse totalt blir større. Bøter for brudd på konkurransereglene i TEUF kan settes til opptil 10 % av foretakets omsetning.²²⁵ Hvor morselskapet i et konsern tilkjennes ansvar, vil altså hele konsernet omsetning utgjøre grunnlaget for beregningen. Videre vil ansvarsutvidelsen styrke sanksjonenes preventive effekt, ettersom bøtestørrelsen ofte vil medføre et betydelig innhugg i enhetens økonomi. Samlet skaper disse konsekvensene klar signaleffekt og incentiv for selskaper om å overholde reglene.

Det neste spørsmålet er betydningen av kravet til utøvelse av ”avgjørende innflytelse”. Som nevnt ovenfor, har EU-domstolen i all vesentlighet lagt dette til grunn som nødvendig kun i saker om morselskapsansvar.

Regelen i artikkel 23(2) i Forordning 1/2003²²⁶ angir klart at bøter skal tilkjennes foretak eller sammenslutninger av foretak. I tråd med prinsippet om personlig ansvar²²⁷ betyr dette naturlig nok at en enhet som kvalifiserer som et foretak i konkurranserettslig forstand, vil måtte stå til ansvar for eventuelle bøter. Videre innbærer prinsippet også at sanksjonen tilkjennes den naturlige eller rettslige personen som styrer foretaket.²²⁸ Dette vil innebære at et morselskap kan bli sanksjonert for datterselskapets overtredelse. EU-domstolen har uttalt

²²⁴ Forordning (EF) nr. 1/2003, EFT L1/17

²²⁵ Artikkel 23(2) i Forordning (EF) nr. 1/2003, EFT L1/17

²²⁶ Forordning (EF) nr. 1/2003, EFT L1/17

²²⁷ C-628/10 P, *Alliance One International mot Kommisjonen*, ikke trykket, tilgjengelig på dansk: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0628:DA:HTML>, premiss 42

²²⁸ Se sak C-97/08, *Akzo*, Generaladvokat Kokotts forslag til dom, premiss 39

at dersom det er bevist en økonomisk enhet mellom to foretak, kan Kommisjonen bøtelegge begge selskaper solidarisk for det enkeltes regelbrudd.²²⁹ Domstolen har videre uttalt, at i denne sammenheng trenger ikke morselskapet å ha vært direkte involvert i den konkurransebegrensende atferden for å kunne pålegges ansvar. Denne fremgangsmåten virker ikke ved første øyekast som å harmonisere med prinsippet om personlig ansvar. Men som det fremgår av *Akzo*²³⁰, har vilkåret om faktisk utøvelse av ”avgjørende innflytelse” blitt understreket som tilstrekkelig bevis for å ilegge ansvar i samsvar med prinsippet om personlig ansvar. Videre la Retten til grunn i *EI DuPont*²³¹ at hvor ansvar for et morselskap baserer seg på doktrinen om samme økonomiske enhet, er det irrelevant om selskapet har vært involvert i, eller i det hele tatt hatt kjennskap til, datterselskapets overtredende atferd.

Med hensyn til joint venture-selskap, som er eid 50% av hvert morselskap, har EU-domstolen nylig avsagt to dommer, *Dow*²³² og *EI duPont*²³³, hvor den uttaler seg om betydningen av utøvelse av ”avgjørende innflytelse”. Sakene relaterer seg til samme problemstilling, nemlig om henholdsvis Dows og EI duPonts ansvar for et joint venture mellom dem. Domstolen uttalte i begge saker at det er kun for formålet om å etablere ansvar, at selskapene anses som samme enhet med joint venture-selskapet, og at dette er med grunnlag i faktiske bevis for utøvelse av ”avgjørende innflytelse”.²³⁴ Dette kan tolkes som at påvisning av slik utøvelse kun er nødvendig med hensyn til å pålegge morselskaper ansvar.

²²⁹ C-97/08, *Akzo*, premiss 58-59

²³⁰ Sak C-97/08, *Akzo*, premiss 77

²³¹ Sak T-76/08, *EI DuPont m.fl. mot Kommisjonen*, ikke trykket, tilgjengelig på engelsk: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119007&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=230169>, premiss 76

²³² Sak C-179/12, *Dow*

²³³ Sak C-172/12 P, *EI du Pont*

²³⁴ Sak C-179/12, *Dow*, premiss 58 og sak C-172/12 P, *EI du Pont*, premiss 47

4.3.4 Oppsummerende bemerkninger

EU-domstolens praksis gir uttrykk for to forskjelligartete konsekvenser, som resultat av at doktrinen om samme økonomiske enhet har blitt lagt til grunn for foretaksbegrepets nedslagsfelt. Disse to konsekvensene bygger på nokså forskjellige bakenforliggende hensyn.

Den første konsekvensen er at avtaler mellom subjekter innenfor samme økonomiske enhet, faller utenfor rekkevidden til artikkel 101. Bakgrunnen for dette er at den underliggende økonomiske realiteten tilsier at det ikke foreligger konkurranse mellom disse subjektene. Avtalene som faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, er de mellom subjekter som individuelt kvalifiserer som foretak, men som er vesentlig sammenknyttet og sådan integrert i markedsatferd, slik at deres samarbeid ikke gir den konkurransebegrensende effekten som artikkel 101 har til formål å hindre. Den andre konsekvensen av doktrinen om samme økonomiske enhet er at morselskaper kan tilskrives ansvar for sine datterselskapers overtredelser. Her er det bakenforliggende hensynet effektivitet og slagkraft for konkurransereglene. Det skal ikke være mulig for selskaper å unngå reglene gjennom omorganisering av sin virksomhet eller på andre måter å gjemme seg bak formaliteter.

EU-domstolens praksis vedrørende doktrinen om samme økonomiske enhet følger dermed to separate linjer, nemlig saker som omhandler rekkevidden av artikkel 101 og saker angående morselskaps bøteansvar. I disse sakene er det, som nevnt, forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende og det er ulike virkninger knyttet til argumentasjonen. Etter dette er det nødvendig å stille spørsmål ved om utviklingen har skapt et dualistisk konsept, eller om forståelsen av et foretak innebærer den samlede kompleksiteten av begge linjene. Det første betyr at tolkningen av begrepet vil variere avhengig av kontekst, det andre innebærer et enhetlig foretaksbegrepet.

Uttalelser i EU-domstolens praksis taler for at begrepets utvikling er generell, og at prinsippene som ligger til grunn her ikke distingverer mellom sakenes karakter. Dette tyder på

at domstolen står inne for en enhetlig forståelse av konseptet. For eksempel la Retten i *SIV m.fl.*²³⁵ til grunn at foretaksbegrepet må forstås å ha likt innhold i både artikkel 102 og artikkel 101, noe som taler for en generalisering av begrepet. Videre formulerte domstolen seg generelt ”i en konkurrancerettslig kontekst”²³⁶ da den definerte foretaksbegrepet i *Hydrotherm*²³⁷, en definisjon som senere har blitt henvist til og lagt til grunn i en rekke saker. Et tredje poeng er at domstolen har kryssreferert mellom de forskjellige typene saker uavhengig av deres ulikheter. For eksempel hvor domstolen drøfter ansvarstilskrivelse i *Fuji*²³⁸ baserer argumentasjonen seg blant annet på konklusjonene i *Viho*²³⁹, som handlet om rekkevidden til artikkel 101. Som et siste poeng er det interessant å bemerke at til tross for spørsmålet om praksis følger en to-sporet utvikling, har EU-domstolen selv aldri tatt stilling til om det er nødvendig å vurdere tolkingen av foretaksbegrepet i forhold til sakens karakter. Tvert i mot har domstolen ved flere anledninger uttrykt at dersom flere foretak blir regnet som samme økonomiske enhet, er nettopp konsekvensen at både rekkevidden til artikkel 101 innsnevres, og at et morselskap kan bli ilagt ansvar for datterselskapets overtredelse av konkurransereglene.²⁴⁰

Likevel kan det, ut fra tolkningen av EU-domstolens faktiske praktisering i disse sakene, virke usikkert om forenligheten i utviklingen. I og med at konsekvensen i dommene angående ansvarstilskrivelse er at reglenes nedslagsområde utvides, har disse sakene vært arenaen hvor kontrollelementet har vært strukket lengst. Dette må også ses i sammenheng med den lave terskelen som domstolen har satt for beviskravene til utøvelse av ”avgjørende innflytelse”. I tillegg har utvidelsen av ansvarsområde forsterket reglenes forebyggende effekt, ved at sanksjonene får et brede nedslagsfelt og større bøteleggelsesgrunnlag. I lys av nyere rettspraksis, kan derimot hensynet til sammenheng mellom artikkel 101 og fusjonsreglene

²³⁵ Sak T-68/89, *SIV m.fl.*, premiss 358

²³⁶ Sak 170/83, *Hydrotherm*, premiss 11

²³⁷ Sak 170/83, *Hydrotherm*

²³⁸ Sak T-132/07, *Fuji*, premiss 180

²³⁹ C-73/95, *Viho*

²⁴⁰ Dette ble uttalt allerede i sak 48/69, *ICI*, premiss 132-137, som senere har blitt lagt til grunn i andre saker

være grunnlag for at doktrinen bør anvendes tilsvarende i saker angående rekkevidden av artikkel bestemmelsen, som saker om morselskapsansvar.

Endelig kan det bemerkes, at kravet til utøvelse av ”avgjørende innflytelse” har hovedsakelig vært tema i sakene om morselskapsansvar, som dekning for samsvar med prinsippet om personlig ansvar. Hensikten med dette kriteriet for spørsmålet om rekkevidden til artikkel 101 virker vag, og EU-domstolen har i de senere år fokusert mindre på denne komponenten i sammenheng med vurderingen. Domstolens uttalelser i *Dow*²⁴¹ og *EI duPont*²⁴² anlegger ytterligere tvil ved den fremtidige nødvendigheten av dette kriteriet i saker som angår rekkevidden til artikkel 101.

²⁴¹ Sak C-179/12, *Dow*, premiss 58

²⁴² Sak C-172/12 P, *EI du Pont*, premiss 47

5 Avsluttende bemerkninger

Som nevnt er foretaksbegrepet ikke blitt definert i TEUF, med den konsekvens at EU-domstolen har stått for innholdet og betydningen av begrepet. Praksis har medført at artikkel 101 har fått anlagt et bredt anvendelsesområde, ved at foretaksdefinisjonen har blitt knyttet opp mot økonomisk aktivitet. Innholdet i økonomisk aktivitet er i stor grad avklart i praksis, og fremstår som relativt uproblematisk. Den funksjonelle tilnærmingen er hensiktsmessig, ved at begrepets relative effekt medfører stor nøyaktighet med hensyn til identifisering av konkurransebegrensende markedsatferd.

Det ble drøftet ovenfor om foretaksbegrepet har undergått en utvikling i to forskjellige linjer, nemlig i saker hvor doktrinen om samme økonomiske enhet påvirker rekkevidden av forbudet i TEUF artikkel 101, og doktrinens betydning i saker om ansvarstilskrivelse. På denne bakgrunnen kan det stilles spørsmål om foretaksbegrepet fremstår som et enhetlig konsept, eller om utviklingen hentyder mot en dualistisk anvendelsespraksis. EU-domstolens praksis kan virke uavklart med hensyn til denne problemstillingen. Dette reiser ytterligere spørsmålet om det er behov for opprydning og avklaring i den foreliggende praksis.

Med hensyn til opprydning er det viktig å underbygge at det sentrale ved foretaksbegrepet i artikkel 101, er at det angir bestemmelsens anvendelsesområde. I den forbindelse må det skilles mellom hva som er samarbeid innenfor art 101, og hva som er enhetlig adferd som faller utenfor. Den foreliggende praksis fra EU-domstolen gir ikke et helt utvetydig bilde av rettstilstanden, men tilsynelatende er ikke utviklingen disharmonisk.

Dette leder over til behovet for å avklare, som gjør seg gjeldene på særlig tre punkter. For det første, om skillet mellom mulighet for, og utøvelse av kontroll fortsatt består. For det andre, særlig om kravet til utøvelse av ”avgjørende innflytelse” i forhold til spørsmålet om rekkevidden til artikkel 101. Og for det tredje, nærmere om forenligheten av foretaksbegrepet i saker om henholdsvis morselskapsansvar og rekkevidden av artikkel 101.

Odudu (2006)

Odudu, Okeoghene *The Boundaries of EC Competition Law*, 1.utagve. Oxford University Press, 2006.

Van Cleynenbreugel (2011)

Van Cleynenbreugel, Pieter. *Single entity tests in US antitrust and EU competition law*. I: SSRN Working Paper, <http://ssrn.com/abstract=1889232> (21.juni, 2011)

Wils(2000)

Wils, Wouter. *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*. I: European Law Review. Vol. 25 nr. 2 (2000), side 99-116.

Norske lover

LOV-1997-06-12 nr. 44, Lov om aksjeselskaper (aksjeselskapsloven)

LOV-2004-05-03 nr.14, Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Lov 1985-06-21 nr 83: Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven)

Traktater og forordninger

Traktat om opprettelsen av det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, Paris 18.april 1951 (EKSF-traktaten)

Traktaten om opprettelsen av Det europeiske fellesskap, Roma 25.mars 1957 (EUF-traktaten)

Traktaten om den Europeisk Unions funksjonsområde, Roma 25.mars 1957 (TEUF)

Traktat om opprettelsen av det Europæiske Atomfællesskab, Roma 25.mars 1957 (Euratom)

Traktaten om den Europeiske Union, Maastricht 7.februar 1992 (TEU)

Avtale om det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, Porto 2.mai 1992 (EØS-avtalen)

Rådets Forordning (EF) nr. 1/2003, om gjennomførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikkel 81 og 82

Rådets Forordning (EF) nr. 139/2004, om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (fusjonsforordningen)

Praksis

EU-domstolen

Aéroports de Paris

Sak C-82/01, Aéroports de Paris mot

	Kommisjonene, Sml. 2002 I-9297
AG2R	Sak C-437/09, AG2R Prévoyance mot Beaudout Père et Fils SARL, Sml. 2011 I-973
Ambulanz Glöckner	Sak C-475/99, Ambulanz Glöckner Landkreis Südwestpfalz, Sml. 2001 I-8089
Akzo	Sak C-97/08P, Akzo Nobel m.fl. mot Kommisjonene, Sml. 2009 I-8237
Albany	Sak C-67/96, Albany International BV mot SBT, Sml. 1999 I-5751
AEG-Telefunken	Sak 107/82, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Kommisjonene, Sml. 1983 I-3151
Alliance One	Sak C-628/10 P, Alliance One International mot Kommisjonene, dom av 19. Juli 2012. Ennå ikke inntatt i Sml.
AOK Bundesverband	Forente saker C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, AOK Bundesverband mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Sml. 2004 I-2493
ArcelorMittal	C-201/09 P, ArcelorMittal Luxembourg

	SA mot Kommisjonen, Sml 2011 I-2239
Béguelin Import	Sak 22/71, Béguelin Import mot G.L. Import Export, Sml. 1971 I-949
Bodson	Sak 30/87, Corinne Bodson mot Pompes Funébres des Régions Libérées SA, Sml. 1988 I-2479
Calí & Figli	Sak C-343/95, Calí & Figli mot Servizi Ecologici Porto di Genova, Sml. 1997 I-1547
Cassa di Risparmio di Firenze	Sak C-222/04, Ministero dell'Economica e delle Finanze mot Cassa di Risparmio di Firenze, Sml. 2006 I-289
Centrafarm	Sak C-15/74, Centrafarm BV m.fl. mot Sterling Drug, Sml. 1974 I-1174
Cisal	Sak 218/00, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas mot INAIL, Sml. 2002 I-691
CEES	Sak C-217/05, Confederación Espanola de Empresarios de Estaciones de Servicio mot Compania Espanola de Petroleos SA, Sml. 2006 I-11987
Coöperative Stremsel-en Kleurselfabriek	Sak 61/80, Coöperative Stremsel-en Kleurselfabriek mot Kommisjonen, Sml.

1981 I-851

Dansk Rørindustri

Sak C-189/02P, Dansk Rørindustri m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2005 I-5425

Dow

Sak C-179/12, Dow Chemical Company mot Kommisjonen, domstolens dom av 26. September 2013. Ennå ikke inntatt i Sml.

EI du Pont

Sak C-172/12 P, EI du Pont Nemours and Company mot Kommisjonen, domstolens dom av 26. September 2013. Ennå ikke inntatt i Sml.

Eni

Sak C-508/11 P, Eni SpA mot Kommisjonen, dom av 8. mai 2013. Ennå ikke inntatt i Sml.

Eurocontrol

Sak C-364/92, SAT Fluggelselschaft mbH mot Eurocontrol, Sml. 1994 I-43

Fédération Francaise SA

Sak C-244/94, Fédération Francaise des Sociétés d'Assurance mfl. mot Ministère de l'Agriculture og de la Pêche, Sml. 1995 I-4013

FENIN

Sak C-205/03, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental(FENIN) mot

	Kommisjonen, Sml. 2006 I-6295
Geigy	Sak C-52/69, Geigy AG mot Kommisjonen, Sml. 1972 I-787
Gøttrup-Klim	Sak C-250/92, Gøttrup-Klim mfl. Mot Grovvareforeninger mot Dansk Landbrugs Grovvareselskab, Sml. 1994 I- 5641
Höfner	Sak C-41/90, Höfner og Elser mot Macrotron GmbH, Sml. 1991 I-1979
Hydrotherm	Sak 170/83, Hydrotherm Gerätebau GmbH mot Compact del Dott Ing Mario Andreoli & C Sas, Sml 1984 I-2999
IAZ	Sak C-96/82, IAZ mot Kommisjonen, Sml. 1983 I-3369
Imperial Chemical Industries (ICI)	Sak 48/69, Imperial Chemical Industries mot Kommisjonen, Sml 1972 I-619
Kommisjonen mot Italia (tollklarering)	Sak C-35/96, Kommisjonen mot Italia(tollklarering), Sml. 1998 I-3851
Kommisjonen mot Italia	Sak 118/85, Kommisjonen mot Italia, Sml. 1987 I-2599
Pavlov	Forente saker C-180/98 og C-184/98

	Pavlov mot SPMS, Sml. 2000 I-6451
Poucet og Pistre	Forente saker C-159/91 og C-160/91, Poucet mot AGF og Pistre mot Cancava, Sml. 1993 I-637
SA Musique Diffusion francaise	Sak C-100/08, SA Musique Diffusion francaise m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1983 I-1825
Sodemare	Sak C-70/95, Sodemare mot Regione Lombardia, Sml. 1997 I-3395
Stora Kopparbergs Bergslag	Sak C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslag mot Kommisjonen, Sml. 2000 I-9925
Straffesak mot Becu	Sak C-22/98, Straffesak mot Becu mfl., Sml 1999 I-5665
Sukier Unie	Sak C-40/73, Sukier Unie m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 1975 I-1663
Viho	Sak C-73/95, Viho Europe BV mot Kommisjonen, Sml. 1996 I-5457
Volkswagen	Sak C-266/93, Bundeskartellamt mot Volkswagen og VAG Leasing GmbH, Sml. 1995 I-3477

Meca-Medina	Sak T-313/03, Meca-Medina og Majcen mot Kommisjonen, Sml. 2004 I-9483
Shell	Sak T-11/89, Shell International Chemical Company mot Kommisjonen, Sml. 1992 II-757
Società Italiano	Sak T-68/89, Società Italiano Vetro SpA mot Kommisjonen, Sml. 1992 II-1403
Viho	Sak T-102/92, Viho mot Kommisjonen, Sml. 1995 II-17
<u>EFTA-domstolen</u>	
LO mot KS	Sak E-8/00, Landsorganisasjonen i Norge mfl. mot Kommunenes sentralforbund mfl., EFTA ct. Rep 2002
<u>Kommisjonen</u>	
Fransk oksekød	COMP/C.38.279/F3, Fransk oksekød, EFT L-209/12
Gosmè/Martell-DMP	IV/32.186, Gosmè/Martell-DMP, EFT L185/23

IJesselcentrale	IV/32.732, IJesselcentrale, EFT L-28/32
P&I Clubs	IV/D-1/30.373, P&I Clubs, EFT 1999 L 125/12
RAI/UNITEL	IV/29.559, RAI/UNITEL, EFT L-157/39
Reuter/BASF	IV/28.996, Reuter/BASF, EFT L-254/40

Andre dokumenter

Kommisionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fælleskabets konkurrenceret, EFT C-372, 1997, side 5-13

Kommisjonenens retningslinjer for vertikale begrænsninger, EUT C-130/01, 2010, side 1-46

Kommisjonenens Retningslinjer for anvendelsen av artikel 101 på horisontale samarbejdsaftaler, EUT C-11, 2011, side 1-72